

Dieter Overhoff

AUSSCHLUSS UND ABLEHNUNG DES RICHTERS
IN DEN DEUTSCHEN VERFAHRENSORDNUNGEN
AUS INNERPROZESSUALEN GRÜNDEN

— Befangenheitsbesorgnis aufgrund
Personen- oder Sachbezuges —

1975



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554811_0058

Ausschluß und Ablehnung des Richters
in den deutschen Verfahrensordnungen
aus innerprozessualen Gründen

- Befangenheitsbesorgnis aufgrund
Personen- oder Sachbezuges -

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen-Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Dieter Overhoff
aus Hagen-Haspe/Westf.
1975



Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Kollhosser
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Schlüter
Dekan:	Prof. Dr. Kupisch
Tag der mündlichen Prüfung:	26.5.1975

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
<u>1. Kapitel</u>	
Einführung	1
<u>A. Das Problem der richterlichen Unabhängigkeit</u>	1
<u>B. Überblick über die gesetzlichen Regelungen des Ausschließungs- und Ablehnungsrechts</u>	4
I. Ausschlußgründe	4
II. Das Ablehnungsrecht	6
III. Ausschluß und Ablehnung in den verschiedenen Gerichtsbarkeiten	7
<u>C. Problemstellung und Gang der Untersuchung</u>	9
 <u>2. Kapitel</u>	
Geschichtliche Entwicklung, allgemeine Bedeutung und Einordnung der Ausschluß- und Ablehnungsnormen	11
 <u>1. Teil Geschichtlicher Überblick</u>	11
<u>A. Zivilprozeß</u>	12
I. Die Voraussetzungen des Ausschließungs- und Ablehnungsrechts	12
1. Vorrömisches Recht	12
2. Römisches Recht	13
3. Kanonisches Recht	16
4. Gemeines Recht	16
II. Die Selbstablehnung	17
III. Rechtsfolgen	17
<u>B. Strafprozeß</u>	19
 <u>2. Teil Das Prinzip des unbeteiligten Dritten sowie der Zweck der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe</u>	21
<u>A. Das Prinzip des unbeteiligten Dritten</u>	21
I. Ausformung durch das Bundesverfassungsgericht	21
II. Prozesse mit Beteiligung des Staates	23
III. Umschreibung der Unbeteiligtheit durch mehrere Begriffe in Rechtsprechung und Literatur	24

	<u>Seite</u>
<u>B. Der Zweck der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe</u>	26
<u>3. Teil Verfassungsmäßige Einordnung</u>	29
<u>A. Art. 101 Abs. I Satz 2 GG</u>	29
<u>I. Der Zweck des Art. 101 Abs. I S. 2 GG</u>	29
II. Subsumtion der Ausschließungs- und Ab- lehnungsnormen unter Art. 101 Abs. I S. 2	32
III. Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts	34
IV. Ergebnis	35
<u>B. Art. 97 GG</u>	35
<u>C. Art. 92 GG</u>	39
<u>D. Art. 3 Abs. I GG</u>	40
<u>E. Ergebnis</u>	42
 <u>3. Kapitel</u>	
Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit	42
 <u>1. Teil Die Ablehnungstatbestände (ausge- nommen FGG)</u>	42
<u>A. Begriff der Befangenheit</u>	42
<u>B. Der Staat als ablehnender Prozeßbeteiligter</u>	47
<u>C. Das Problem der Befangenheit kraft Gesetzes</u>	49
 <u>2. Teil Das Verfahren nach dem FGG</u>	53
 <u>3. Teil Einzelne, nicht gesetzlich geregelte Ablehnungsgründe</u>	53
<u>A. Allgemeine Beispiele</u>	53
<u>B. Weltanschauliche Gegensätze zwischen und Beteiligten</u>	56
<u>C. Die richterliche Aufklärungspflicht</u>	58

	<u>Seite</u>
<u>4. Teil Besondere, gesetzlich geregelte</u>	
<u>Ablehnungsgründe</u>	60
<u>A. § 51 Abs. I FGO</u>	60
<u>B. Übernahme von § 51 Abs. I FGO in andere</u>	
<u>Verfahrensordnungen</u>	62
<u>C. Ablehnung von Richtern, die Mitglieder</u>	
<u>einer Vertretung von öffentlich-recht-</u>	
<u>lichen Körperschaften sind</u>	63
I. § 54 Abs. III VwGO	64
II. § 60 Abs. III SGG	64
III. § 51 Abs. III FGO	66
IV. Vereinheitlichung der drei Vorschriften	67
 <u>5. Teil Ablehnung von Bundesverfassungs-</u>	
<u>richtern</u>	67
<u>Zusammenfassung</u>	78
 <u>4. Kapitel</u>	
Materielles Ausschließungsrecht	79
 <u>1. Teil Vorbefassung richterlicher Art</u>	79
<u>A. Vorbemerkung</u>	80
<u>B. Die Regelung der StPO</u>	82
I. Der Grundfall des § 23 Abs. I StPO	84
II. Nicht normierte, mögliche Befangenheits-	
situationen, die § 23 Abs. I StPO nahestehen	86
1. Eröffnung des Hauptverfahrens	86
2. Das Klageerzwingungsverfahren	93
3. Beschlagnahme, Durchsuchung, Haft	96
4. Strafbefehl	100
5. Ergänzungsrichter	101
6. Mitwirkung bei einem Prozeß mit anderer	
Verfahrensordnung	103
7. Zurückverweisung durch das Revisions-	
gericht	105

IV	Seite
III. Wiederaufnahme des Verfahrens, § 23	
Abs. II StPO	110
IV. Der ehemalige Untersuchungsrichter, § 23	
Abs. III StPO alter Fassung	115
V. Nicht normierte, mögliche Befangenheits- situationen, die § 23 Abs. III StPO alter Fassung nahestehen	117
1. Der Ermittlungsrichter	117
2. Der ersuchte und beauftragte Richter	117
3. Der "Notstaatsanwalt"	118
<u>C. Die Regelung in der ZPO</u>	120
I. Vergleich zwischen § 23 StPO und § 41 Nr. 6 ZPO	120
II. Der Grundfall des § 41 Nr. 6 ZPO	121
III. Nicht normierte, mögliche Befangenheits- situationen, die § 41 Nr. 6 ZPO nahestehen	122
1. Armenrecht	123
2. Arrest und einstweilige Verfügung	125
3. Grundurteil, Teilurteil	127
4. Vollstreckungsgegenklage, Abänderungs- klage, Nachverfahren, Vergleichswiderruf	129
5. Versäumnisurteil	131
6. Mitwirkung bei einem Parallelprozeß mit anderer Verfahrensordnung	134
7. Zurückverweisung durch das Revisionsgericht	135
8. Wiederaufnahme des Verfahrens	137
a) Vergleich mit dem Wiederaufnahmeverfahren in der StPO	137
b) Die Nichtigkeitsklage	140
aa) eigentliche Nichtigkeitsklage	140
(1) § 579 Abs. I ZPO	140
(2) § 579 Abs. III ZPO	143
(3) Ergebnis	144
bb) Das neue Hauptverfahren	144
c) Die Restitutionsklage	146

	<u>Seite</u>
aa) Die eigentliche Restitutionsklage	146
bb) Das neue Hauptverfahren	149
cc) § 58o Mr. 5 ZPO	151
d) Ergebnis	152
<u>D. Die Regelung des Arbeitsgerichtsgesetzes</u>	152
<u>E. Die Regelung in dem FGG</u>	154
<u>F. Die verwaltungsgerichtlichen Verfahren</u>	159
<u>G. BVerfGG</u>	163
Zusammenfassung	165
 2. Teil Vorbefassung nichtrichterlicher Art	 166
<u>A. Ausschluß des Vertreters oder Beistandes</u> <u>einer Partei sowie der Strafverfolgungs-</u> <u>behörden</u>	 166
I. Zivilprozeßordnung	167
1. Der gesetzliche Vertreter	167
2. Ausdehnung des § 41 Mr. 4 auf bestimmte Mitglieder der Organe von juristischen Personen	 168
3. Rechtsgeschäftliche Vertreter, Prozeß- bevollmächtigte	 171
II. Strafprozeßordnung	173
III. FGG	175
IV. VwGO, SGG, FGO	176
V. BVerfGG	178
<u>B. Ausschluß wegen Vernehmung als Zeuge oder</u> <u>Sachverständiger</u>	 180
I. Die Regelung in der ZPO, StPO, VwGO, BVerfGG	180
1. Allgemeine Grundvoraussetzungen	180
2. Der Begriff derselben Sache	182
II. FGG	184
III. Das private Wissen des Richters	184

	<u>Seite</u>
<u>3. Teil Ausschuß wegen eigener Betroffenheit</u>	190
<u>A. StPO</u>	190
<u>B. ZPO</u>	194
<u>C. Arbeitsgerichtsgesetz</u>	196
<u>D. FGG</u>	197
<u>E. VwGO, SGG, FGO</u>	200
<u>F. BVerfGG</u>	201
 <u>4. Teil Ausschuß wegen enger verwandtschaftlicher Beziehungen zu den Prozeßbeteiligten</u>	 202
<u>A. ZPO</u>	202
<u>B. StPO</u>	206
<u>C. FGG</u>	207
<u>D. Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrensordnungen und das BVerfGG</u>	210
<u>E. Verlöbniß als Ausschließungsgrund</u>	211
 Zusammenfassung	 212

Literaturverzeichnis

- Arzt Der befangene Strafrichter, zugleich eine Kritik an der Beschränkung der Befangenheit auf die Parteilichkeit, Tübingen 1969, zitiert: Strafrichter
- Arzt Ausschließung und Ablehnung des Richters im Wiederaufnahmeverfahren, NJW 1971, 1112 ff.
- Aubin Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit im neuesten deutschen und österreichischen Recht, Karlsruhe 1906
- Bärmann Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, Berlin, Heidelberg, New York 1968
- Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann Zivilprozeßordnung, 31. Aufl., München 1973
- Baur Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955
- Baur Richterliche Hinweispflicht und Untersuchungsgrundsatz, in: Rechtsschutz im Sozialrecht, S. 35 ff.; Köln, Berlin, Bern, München 1965
- Baur Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 31.10.1966 (Az.: AnwZ(B) 3/66), JZ 1967, 66
- Bayer Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Zivilprozeß, München 1869
- Bellstedt Die Finanzgerichtsordnung in der Praxis, NJW 1967, 859 ff.

- Bettermann Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/2, S. 523 ff.; Berlin 1959; zitiert: Unabhängigkeit
- Bettermann Vom Sinn und den Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit in: Die Unabhängigkeit des Richters - Ein Cappenberges Gespräch, Köln 1969
- Bettermann Bei Zurückverweisung - andere Richter!, JZ 1959, 17
- Bettermann Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 92, 496 ff.
- Bettermann Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 94, 269 ff.
- Blomeyer Zivilprozeßrecht (Erkenntnisverfahren), Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963
- Bonner Kommentar Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Loseblatt), 2. Bearbeitung, Hamburg seit 1964, bearbeitet von Holtkotten u.a.
- Bötticher Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburg 1954
- Brockhaus Enzyklopädie, 13. Band, 17. Aufl., Wiesbaden 1971
- Bruns Zivilprozeßrecht, Eine systematische Darstellung, Berlin und Frankfurt 1968

- Dahs Ablehnung von Tatrichtern nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht, NJW 1966, 1681 ff.
- Dietz-Nikisch Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1954
- Drucksache 178, 1020, 1171, 2378 Bundestagsdrucksache, in Verhandlungen des deutschen Bundestages, 4. Wahlperiode, Bonn 1965, zitiert: BT Drucksache IV, 178, 1020, 1171, 2378
- Duden Rechtschreibung der deutschen Sprache und der Fremdwörter, Band I, Mannheim 1967
- Eichenberger Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960
- Endemann Das deutsche Civilproceßrecht, Heidelberg 1868
- Entwurf Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Sozialgerichtsgesetzes, sog. Speyerer Entwurf, Berlin 1969; zitiert: Speyerer Entwurf
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl., München 1974
- Friesenhahn Anmerkung zu den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 3.3.1966 (Az.:ZBvE 2/64) und vom 25.3.1966 (Az.:ZBvF 1/65), JZ 1966, 704 ff.

- Geller, Rupp, Wand Abweichende Meinung der Bundesverfassungsrichter Geller, Dr. Rupp und Wand zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 27.1.1971 (Az.: ZBvR 507, 511/69), NJW 1971, 1113 ff.
- Geyer Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880
- Grunsky Grundlagen des Verfahrensrechts, Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, SGG, 2. Aufl., Bielefeld 1974
- Häberle Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozeßrechts - Zum Beschluß des BVerfG vom 29. Mai 1973 (2 Bv 1/73), JZ 1973, 451
- Habscheid Freiwillige Gerichtsbarkeit, 5. Aufl., München 1971
- Habscheid Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 1958, 361 ff.
- Habscheid Ausschluß und Ablehnung des Richters und Rechtspflegers in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rpfleger 1964, 200 ff.
- Hahn Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, 1. Abtl., Berlin 1880, 2. Abtl., Berlin 1881, zitiert: Mat. I u. II zur StPO

- | | |
|------------------|--|
| Hahn-Stegemann | Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, 1. Abtl., 2. Aufl., Berlin 1881, zitiert: Mat. I zur ZPO |
| Hahn-Mugdan | Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, VII. Band, Berlin 1898 |
| Hamann-Lenz | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar begründet von Dr. Andreas Hamann, fortgeführt von Dr. Andreas Hamann jr. und Dr. Helmut Lenz, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970 |
| Hanack | Die politische Betätigung des Richters in: Festgabe für Heinrich Herfahrdt, S. 121 ff., Marburg 1961, zitiert: Festgabe Herfahrdt |
| Hanack | Anm. zum Urteil des BGH vom 9.9.1966 (4 StR 261/66), NJW 1967, 580 ff. |
| Henkel, Heinrich | Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., Stuttgart und Köln 1968 |
| Henkel, Joachim | Der gesetzliche Richter, Diss., Göttingen 1968 |
| Jansen | FGG, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Nebengesetzen, 1. Band, 2. Aufl., Berlin 1969 |
| John | Strafprozeßordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, Erlangen 1884 |

Kaser	Römisches Privatrecht, 7. Aufl., München 1972
Keidel - Winkler	Freiwillige Gerichtsbarkeit, Hand- ausgabe des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, mit Erläuterun- gen, 10. Aufl., München und Berlin 1972
Kern	Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., München und Berlin 1965
Kern	Geschichte des Gerichtsverfas- sungsrechts, München und Berlin 1954
Kern-Roxin	Strafverfahrensrecht, 12. Aufl., München 1974
Kleinknecht	Strafprozeßordnung, 31. Aufl., München 1974
Koehler	Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt a.M. 1960
Kollhosser	Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkennt- nisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit - zugleich ein Beitrag zum Allgemeinen Verfah- rensrecht, München 1970
Kornblum	Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, München 1968
Kühn-Kutter	Abgabenordnung und Finanzgerichts- ordnung, 10. Aufl., Stuttgart 1970
Lampe	Die Durchbrechung der materiellen Rechtskraft bei Strafurteilen, GA 68, 33 ff.

- Leibholz-Rinck Grundgesetz für die Bundesrepublik, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 4. Aufl., Köln-Marienburg 1971
- Leibholz-Rupprecht Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, Köln 1968
- Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht, 17. Aufl., München 1974
- Lent-Jauernig Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 12. Aufl., München 1972
- zitiert: Zwangsvollstreckung
- Linde Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, Bon 1828
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 22. Aufl., I. Band, I. Lieferung §§ 1 - 93, Berlin, New York 1971
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar, 21. Aufl., Berlin 1963
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Ergänzungsband und Gesamtregister zur 21. Aufl., Berlin 1967
- zitiert: Ergänzungsband
- Marx Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. I Satz 2 Grundgesetz, Berlin 1969

- Müller Unter welchen Voraussetzungen ist jemand als Richter wegen früherer Befassung mit der Sache ausgeschlossen? NJW 1961, 102 ff.
- Müller-Sax Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG und OWiG, begründet von Kleinknecht-Müller-Reitberger, bearb. von Müller-Sax, 6. Aufl., Darmstadt 1966
- Nikisch Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952
- Peters Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1966
- Peters-Sautter-Wolff Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4. Aufl., (Loseblatt), Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, seit 1966
- Petersen-Anger Die Civilproceßordnung für das Deutsche Reich in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898 nebst den Einführungsgesetzen, Band I, 4. Aufl., Lahr 1899
- Planck Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf der Grundlage der neuen Strafprozeßordnungen seit 1848, Göttingen 1861
- Raacke Zurückverweisung in Strafsachen und Nachtragsentscheidung, NJW 1966, 1697
- Redeker-von Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., Stuttgart 1971

- Rinck Gesetzlicher Richter, Ausnahme-
gericht und Willkürverbot,
NJW 1964, 1649 ff.
- Rosenberg Ablehnung eines Richters wegen
Besorgnis der Befangenheit,
JZ 1951, 214
- Rosenberg-Schwab Lehrbuch des deutschen Zivil-
prozeßrechts, 10. Aufl.,
München und Berlin 1969
- Rupprecht Richterablehnung im konkreten
Normenkontrollverfahren?
NJW 1971, 2249 ff.
- Sälzer Theorie und Praxis der Richter-
ablehnung im konkreten Normen-
kontrollverfahren, NJW 1971,
1204 ff.
- Sarstedt Anmerkung zum Beschluß des
Bundesverfassungsgerichts vom
3.3.1966 (Az.:ZBvE), JZ 1966,
314 ff.
- Schaffstein Jugendstrafrecht, Eine systema-
tische Darstellung, 4. Aufl.,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1973
- Schiedermair Der gesetzliche Richter im
Verwaltungsprozeß, DöV 60, 6 ff.
- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeß-
ordnung und zum Gerichtsverfas-
sungsgesetz - Teil I, 2. Aufl.,
Göttingen 1964 (zitiert: LK I)
- Teil II, Göttingen 1957
(zitiert: LK II) - Nachträge und
Ergänzungen zum 2. Teil, 1. Lie-
ferung, Göttingen 1966 (zitiert:
LK, Erg.)

- Schmidt, Eberhard Die Sache der Justiz,
Göttingen 1961
- Schmidt, Eberhard Einführung in die Geschichte der
deutschen Strafrechtspflege,
3. Aufl., Göttingen 1965;
zitiert: Geschichte der Straf-
rechtspflege
- Schmidt, Eberhard Probleme der Struktur des Straf-
verfahrens unter rechtsstaat-
lichen Gesichtspunkten,
DRiZ 1959, 16
- Schmidt, Eberhard Anmerkung zum Urteil des BGH
vom 9.1.1958 (Az.: UStR 203/57),
NJW 1959, 55
- Schmidt, Richard Die außergerichtlichen Wahr-
nehmungen des Prozeßrichters,
SächsArch. 2, 265, 298 ff.
- Schmidt-Bleibtreu/
Klein Kommentar zum Grundgesetz für
die Bundesrepublik Deutschland,
3. Aufl., Neuwied und Berlin
1973
- Schönke-Kuchinke Zivilprozeßrecht, 9. Aufl.,
Karlsruhe 1969
- Schorn Die Ausschließung eines Richters
im Strafprozeß in Rechtsprechung
und Schrifttum, GA 1963, 257 ff.
- Schorn Die Ablehnung eines Richters
im Strafprozeß in Rechtsprechung
und Schrifttum, GA 1963, 161 ff.
- Schorn Die Rechtsstellung des Beschul-
digten und seines Verteidigers
nach dem Strafprozeßänderungs-
gesetz, NJW 1965, 713 ff.

- Schroetenweck Strafprozeß der Carolina,
Leipzig 1904
- Schumann Einheit der Prozeßrechtsordnung
oder Befreiung des Verfassungs-
prozeßrechts vom prozessualen
Denken? - Zu den "Rottmann-Be-
schlüssen" des Bundesverfassungs-
gerichts -, JZ 1973, 484
- Seibert Bei Zurückverweisung - andere
Richter!, JZ 1958, 609
- Seidl Römische Rechtsgeschichte und
römisches Zivilprozeßrecht,
3. Aufl., Köln 1971
- Staudinger J.v.Staudingers Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch mit Ein-
führungsgesetz und Nebengesetzen,
IV. Band, Familienrecht, Teil 3a,
§§ 1589 - 1698 b, 10./11. Aufl.,
bearb. von Lauterbach u.a.,
Berlin 1966
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
bearbeitet seit 1953 von Pohle,
fortgeführt seit 1967 von
Schumann, Leopold u.a., 19. Aufl.,
Tübingen seit 1964
- Stellungnahme Stellungnahme des Deutschen
Richterbundes zum Strafprozeß-
änderungsgesetz, DRiZ 1963, 115
- Teplitzky Probleme der Richterablehnung
wegen Befangenheit, NJW 1962,
2044
- Teplitzky Die Richterablehnung wegen Befan-
genheit, JuS 1969, 319 ff.

Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 7. Aufl., München 1974
Ule	Verwaltungsprozeßrecht, Ein Studienbuch, 5. Aufl., München und Berlin 1971
Ule	Zur Vereinheitlichung der gerichtlichen Verfahrensordnungen, DVBL 1958, 691 ff.
Ullmann	Die allgemeinen Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte und Ausschließung der Gerichtspersonen in: Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Berlin 1879
Wach	Handbuch des Deutschen Civilproceßrechts, Leipzig 1885
Wetzell	System des ordentlichen Civilprocesses, Leipzig 1878
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Band I, Berlin 1957
Zachariae	Handbuch des deutschen Strafprocesses, 1. Band, Göttingen 1861
Ziemer-Birkholz	Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., München 1970
Zwirner	Bundesverfassungsgericht und Parteienfinanzierung in AöR 93, 81 ff.

Abkürzungsverzeichnis

Alt.	= Alternative
Bd.	= Band
bzw.	= beziehungsweise
ders.	= derselbe
Einl.	= Einleitung
Fn.	= Fußnote
Hs.	= Halbsatz
LK	= Lehrkommentar
Mat.	= Materialien
m.E.	= meines Erachtens
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
NEhelG	= Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969
Nr.	= Nummer
NW	= Nordrhein-Westfalen
Rdn.	= Randnummer
StPÄndG	= Gesetz über die Änderung der Strafprozeß- ordnung und des Gerichtsverfassungsge- setzes vom 19.12.1964
u.a.	= und andere
vgl.	= vergleiche
Vorbem.	= Vorbemerkung
z.B.	= zum Beispiel

Für alle weiteren in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen wird auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968, verwiesen.

1. Kapitel

Einführung

A. Das Problem der richterlichen Unabhängigkeit

Durch Art. 92 GG wird die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Diese Verfassungsbestimmung trägt dem Grundsatz der Gewaltentrennung Rechnung. Sie räumt den Richtern ein Rechtsprechungsmonopol ein.¹⁾ Nur Richter, nicht auch Verwaltungsbeamte oder andere Amtsträger können rechtsprechen.²⁾ Es ist hier allerdings nicht der Ort, den Begriff "Rechtsprechung" genauer zu definieren. Dieses Unterfangen ist bisher der Wissenschaft und Rechtsprechung nicht eindeutig gelungen.³⁾ Für die Zwecke dieser Untersuchung genügt die Feststellung, daß auf jeden Fall die vom Grundgesetz den Gerichten ausdrücklich übertragenen Aufgaben, sowie die bürgerliche Rechtspflege und die Strafgerichtsbarkeit dazugehören.⁴⁾

Der Richter vermag sein verantwortliches Amt nur dann gerecht auszuüben, wenn er allen sachfremden Einflüssen und Beeinträchtigungen weitestgehend entzogen ist. Aus diesem Grunde bestimmt Art. 97 GG, daß die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen seien. Art. 97 GG schützt aber nur gegen einen Teil der möglichen Abhängigkeitssachverhalte, nämlich gegen die Beeinträchtigung der richterlichen Entscheidungsfreiheit durch staatliche Stellen.⁵⁾

1) Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 92 Rdn. 1

2) BVerfG, NJW 1959, 1507 ff.

3) vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 92 Rdn. 2, 3
Leibholz-Rinck, Art. 92 Rdn. 1

4) vgl. BVerfGE 8, 207; 9, 87, 97; 14, 66; 22, 76

5) Bettermann, AÖR 94, 269, 271; Hamann-Lenz, Art. 97 Anm. A
Holtkotten in Bonner Kommentar, Art. 97 Anm. II 1 e; Leibholz-Rinck, Art. 97 Rdn. 1; BVerfGE 12, 67, 71; 26, 79, 93

Der Begriff der richterlichen Unabhängigkeit ist freilich komplexer und auf den ersten Blick nicht einheitlich zu erfassen. Zwar mag die in Art. 97 GG angesprochene Unabhängigkeit von anderen staatlichen Institutionen den wichtigsten oder doch einen sehr wichtigen Fall darstellen, erschöpfend wird die Problematik durch diese Regelung jedoch nicht behandelt.

Nach Bettermann¹⁾ behandelt die Frage der richterlichen Unabhängigkeit das Problem der Freiheit und Bindung des Richters. Dabei soll die Entscheidungsfreiheit von verschiedenen Mächten tangiert werden können. Zu diesen Mächten sollen die Prozeßbeteiligten selbst, die übrigen Träger öffentlicher Gewalt und hervorragende gesellschaftspolitische Gruppen wie Parteien, Presse, Gewerkschaften, Kirchen zählen. Bettermann unterscheidet somit drei Mächtigkeitsgruppen, die die richterliche Unabhängigkeit in Frage stellen können. Die Unabhängigkeit von den Prozeßparteien nennt er die innerprozessuale oder prozeßrechtliche, die vom Staat politische oder staatsrechtliche und diejenige von gesellschaftlichen Gruppen soziale Unabhängigkeit.²⁾

Eine differenziertere Unterteilung der Kräfte, von denen sich eine gewisse Abhängigkeit ergeben kann, aber nicht soll (es gibt auch Abhängigkeiten, die gerade erstrebt werden: so z.B. die Abhängigkeit vom Gesetz, Art. 97 Abs. I GG), findet sich bei Eichenberger.³⁾ Er spricht von richterlicher Unbeteiligung, wenn es um das Verhältnis zu den am Prozeß beteiligten Personen geht, von richterlicher

1) Bettermann, Unabhängigkeit S. 525

2) ders., a.a.O.

3) Eichenberger, S. 44

Selbständigkeit im Verhältnis zu den nichtrichterlichen Staatsgewalten und von richterlicher Sozialfreiheit gegenüber soziologischen Wirksamkeiten. Bis hierhin stimmen die Unterteilungen von Eichenberger und Bettermann inhaltlich überein, wobei dahinstehen kann, welche Bezeichnung den vorgegebenen Sachverhalt besser trifft. Darüber hinaus will Eichenberger aber noch zwei weitere Möglichkeiten anerkennen: die richterliche Eigenständigkeit gegenüber Organen der richterlichen Gewalt, was Bettermann im Hinblick auf das positive deutsche Recht verneint.¹⁾ Des weiteren kennt er die innere Unabhängigkeit des Richters gegenüber sachfremden Motivationen des Richters selbst.

Ein näheres Eingehen auf diese Untersuchungen erübrigt sich aber, da die vorliegende Arbeit lediglich die zuerst angesprochene Möglichkeit der Abhängigkeit gegenüber den Prozeßbeteiligten zum Inhalt hat.

Um diese unerwünschte Abhängigkeit auszuschließen, erfordert die richterliche Tätigkeit Neutralität und Distanz gegenüber allen Verfahrensbeteiligten.²⁾ Nach diesem Grundsatz muß gewährleistet sein, daß der Rechtsuchende nicht vor einem Richter steht, der - etwa wegen naher Verwandtschaft, Freundschaft oder auch Verfeindung mit einer Partei - die gebotene Neutralität und Distanz vermissen läßt. Deshalb haben die Verfahrensordnungen Vorsorge dafür zu treffen, daß im Einzelfall ein Richter, der nicht

1) Bettermann, Unabhängigkeit S. 531, 536;
Eichenberger ist Schweizer

2) BVerfG, NJW 1967, 1123 = BVerfGE 21, 139

die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, sein Amt nicht ausüben darf. Solche die Unparteilichkeit des Gerichtes sichernde Grundsätze sind seit langem ein selbstverständlicher und unentbehrlicher Bestandteil der Gerichtsverfassung¹⁾ sowie besonders der Prozeßordnungen.²⁾

B. Überblick über die gesetzliche Regelung des Ausschießungs- und Ablehnungsrechts

Um einer solchen, der Rechtsprechung abträglichen Verbindung zwischen Richter³⁾ und Parteien vorzubeugen, hat die Rechtsordnung das Rechtsinstitut der Ausschießung geschaffen, den Parteien das Recht der Ablehnung sowie dem Richter das Recht der Selbstablehnung zur Verfügung gestellt.

I. Ausschießungsgründe

In besonders schwerwiegenden Konfliktsituationen wird der Richter ipso iure von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen. Die Vorschriften über den

1) BVerfG, NJW 1967, 1123 = BVerfGE 21, 139

2) Die Regelung des Ausschlusses und der Ablehnung ist in den einzelnen Verfahrensordnungen erfolgt, obwohl diese Materie vom Inhalt her in das Gerichtsverfassungsrecht gehören würde; vgl. Kollhosser, S. 75

3) Die Rechtsordnung versteht dabei unter Richter nicht nur die Berufs-, sondern auch die Laienrichter (Baumbach-Lauterbach, Anm. 1 vor § 41; im Zivilprozeß sind dies nur die Handelsrichter, die gemäß § 112 GVG dieselben Rechte und Pflichten wie ein Berufsrichter haben; Eyermann-Fröhler, § 54 Rdn. 1; Ziemer-Birkholz, § 51 Rdn. 8; Peters-Sautter-Wolff, § 60 Anm. 4; Dietz-Nikisch, § 49 Rdn. 1; die StPO erwähnt in § 31 die Schöffen und Geschworenen ausdrücklich)

Ausschluß des Richters sind die stärksten Dämme zur Sicherung der richterlichen Unbetheiligkeit. Es sind einige, besonders auffällige und wichtige, aber ohne Anspruch auf Vollständigkeit¹⁾ zusammengestellte Ablehnungsgründe, die sich im Laufe der Zeit entwickelten und bei denen Befangenheit schon kraft Gesetzes unwiderleglich vermutet wird.²⁾ Eberhard Schmidt³⁾ formuliert diesen Sachverhalt so: "Die Regelung der Ausschließung vom Richteramt geschieht in der Weise, daß aufgrund einer generalisierten Rechts- und Lebenserfahrung gewissen typische, formalisierte Beteiligungstatbestände aufgestellt werden, bei deren Vorliegen dem Richter reine Sachlichkeit, Unparteilichkeit und ungetrübte Intentionen auf Wahrheit und Gerechtigkeit nicht mehr zugetraut wird."

Selbst wenn im Einzelfalle bei Vorliegen dieser Befangenheitstatbestände keine Parteilichkeit zu befürchten ist, bleibt der Richter dennoch ausgeschlossen.

Schwere Konfliktsituationen können sich ergeben, wenn

(beispielhaft aufgeführt anhand der ZPO)

1. ein Richter selbst Partei ist oder er zu einer Partei in dem Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht (§41 Nr. 1 ZPO)
2. er mit einer Partei verheiratet oder nahe verwandt oder verschwägert ist (§ 41 Nr. 2 u.3ZPO)

1) So ist die Verlobung kein Ausschließungsgrund, obwohl die gefühlsmäßige Beteiligtheit hier weitaus größer ist als bei Schwägerschaft zweiten Grades (§ 41 Nr. 3 ZPO; § 22 Nr. 3 StPO)

2) Kollhosser, S. 69 Fußnote 35

3) LK I, S. 305 Nr. 556

3. er in der zu entscheidenden Sache vorher als Zeuge oder Sachverständiger vernommen oder als Prozeßbevollmächtigter einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter aufzutreten berechtigt ist (§ 41 Nr. 4 u. 5 ZPO)
4. er mit derselben Sache schon vorher einmal als Richter befaßt worden ist, indem er in einem früheren Rechtszuge bei dem Erlaß der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat (§ 41 Nr. 6 ZPO).

II. Das Ablehnungsrecht

Wegen bestimmter ähnlicher - wenn auch typischerweise nicht so weitreichender - Beziehungen des Richters zu einem der Beteiligten oder zum Streitgegenstand können die Prozeßbeteiligten den Richter oder dieser sich selbst wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen (z.B. § 42 Abs. II ZPO, § 24 Abs. II StPO; § 48 ZPO, § 30 StPO).

Gegenüber der Ausschließung kraft Gesetzes ist die Wirkung des Ablehnungsrechtes wesentlich schwächer. Ist der Tatbestand der Ausschließung gegeben, so scheidet der Richter ohne weiteres von seinem Amt aus, ohne daß es eines Antrags der Parteien und eines Beschlusses des Gerichts bedürfte. Hat ein ausgeschlossener Richter dennoch weiter am Verfahren teilgenommen, beim Erlaß des Urteils oder an einer sonstigen Entscheidung mitgewirkt, dann ergibt dieser Sachverhalt einen absoluten Revisionsgrund (z.B. § 551 Nr. 2 ZPO, § 338 Nr. 2 StPO). Selbst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils kann die Entscheidung im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens beseitigt werden (z.B. § 559 Abs. I Nr. 2 ZPO).

Die Ablehnung setzt dagegen immer die ausdrückliche Geltendmachung eines bestimmten Grundes durch die betroffenen Verfahrensbeteiligten voraus (§ 43 ZPO, § 26 Abs. II StPO). Über die Berechtigung muß das Gericht durch einen formellen Beschluß entscheiden (§ 46 Abs. II ZPO, § 28 StPO), wenn man einmal von der Möglichkeit der Selbstablehnung absieht. Im Gegensatz zur Ausschließung ist das Ablehnungsrecht verzichtbar, und ein Verzicht wird z.B. in der ZPO unwiderlegbar vermutet, wenn sich die betroffene Partei widerspruchslos in die Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat (§ 43 ZPO). Desweiteren ist die Berücksichtigung der Mitwirkung eines ablehnbaren Richters im Revisions- oder Wiederaufnahmeverfahren nur möglich, wenn das Ablehnungsgesuch durch besonderen gerichtlichen Beschluß für begründet erklärt worden ist (vgl. § 579 Abs. I Nr. 3 ZPO).

III. Ausschluß und Ablehnung in den verschiedenen Gerichtsbarkeiten

Das Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland ist gekennzeichnet durch eine größtmögliche Nachprüfbarkeit jedweder Entscheidung der öffentlichen Gewalt.¹⁾ Der Bürger hat die Möglichkeit, alle Akte der vollziehenden Gewalt durch die rechtssprechende Gewalt kontrollieren zu lassen. Dabei hat sich der Gesetzgeber nicht die Meinungen der Vertreter des Justizstaatsgedankens zu eigen gemacht,²⁾

1) Nach Kern sog. Rechtsprechungsstaat; vgl. Kern, Gerichtsverfassungsrecht S. 8

2) Ule, § 1 II

sondern schuf von den ordentlichen Gerichten unabhängige Verwaltungs- und Verfassungsgerichte. So entstanden zur Nachprüfung der Akte der allgemeinen Verwaltung die Verwaltungsgerichte, der besonderen Verwaltungsmaterien die Sozial- und Finanzgerichte und zur Überprüfung von behördlichen Entscheidungen oder Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin die Verfassungsgerichte. Daneben wurde aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit noch die Arbeitsgerichtsbarkeit ausgeklammert.

Alle diese verschiedenen Gerichtsarten haben eine eigene Verfahrensordnung; die ordentlichen Gerichte, da ihnen mehrere Rechtsmaterien anvertraut sind, gleich drei, nämlich ZPO, StPO und FGG. Jede der Verfahrensordnungen trifft wiederum Regelungen für die Ausschließung und Ablehnung eines Richters sowie den dazu gehörigen Verfahrensvorgang (§ 41 ff. ZPO; § 22 ff. StPO; § 6 FGG; §§ 46 Abs. II S. 1, 49 ArbGG; § 54 VwGO; § 60 SGG; § 51 FGO; §§ 18, 19 BVerfGG). Die normative Regelung stimmt in den einzelnen Prozeßordnungen nur teilweise miteinander überein, teilweise wird aber auch generell (so in den Verfahrensordnungen der allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit - VwGO, FGO, SGG) auf die ZPO Bezug genommen. Diese Unterschiedlichkeiten beruhen einerseits auf der besonderen Ausgestaltung des gesamten Prozeßablaufes, andererseits könnten sie aber auch nur das Ergebnis von isolierten historischen Entwicklungen und mangelnder Koordination des Gesetzgebers sein.

C. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Der Zweck der vorliegenden Arbeit ist es, zu untersuchen, ob die Regelungen in den einzelnen Verfahrensordnungen ausreichend bzw. notwendig sind, insbesondere ob die jeweilige Prozeßordnung gerade aufgrund ihres speziellen Verfahrens und ihrer Sachmaterie diese Regelung erfordert; des weiteren, ob sich Angleichungen der verschiedenen Verfahrensordnungen ermöglichen lassen und in welcher Weise dies geschehen kann.

Dieses Unterfangen ist nicht rein akademischer Natur. Bisher sind zwar die Ausschluß- und Ablehnungsregelungen der einzelnen Prozeßordnungen selten unter dem Gesichtspunkt der Zusammengehörigkeit untersucht worden, sondern in der Regel für sich allein in Bezug auf ihr spezielles Rechtsgebiet.

Seit langem wird aber von Wissenschaft und Praxis gefordert, die Verfahrensordnungen aller Gerichte unter Berücksichtigung zwingend gebotener Besonderheiten zu vereinheitlichen. Dem rechtsuchenden Bürger, für den die einzelnen Verfahren kaum durchschaubar sind, aber auch dem ihn vertretenden Anwalt würde der Zugang zu den Gerichten und die Prozeßführung wesentlich erleichtert werden. Die Forderung nach einer Vereinheitlichung findet ihre verfassungsmäßige Grundlage in Art. 3 GG, der vorschreibt, daß gleiche Sachverhalte ohne zwingenden Grund nicht ungleich behandelt werden dürfen. So ist bereits ein Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes zur Vereinheitlichung der VwGO, der FGO und des SGG

erarbeitet worden (sog. Speyerer Entwurf). Eine Gesamtschau des Befangenheitsrechts wird somit unter Berücksichtigung dieser Vereinheitlichungsbestrebungen der Verfahrensordnungen dringlicher. Eine Vereinheitlichung der verschiedenen Verfahren kann auf zweierlei Weise erfolgen und zwar entweder durch die Schaffung eines einheitlichen Verfahrensgesetzes, oder aber durch Synchronisierung der verschiedenen schon bestehenden Gesetze. Es würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen, wenn vorab untersucht werden sollte, ob die Schaffung eines einheitlichen Verfahrensgesetzes überhaupt möglich ist. Dies wird im Hinblick auf die Verschiedenartigkeit des Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsprozesses von dem größten Teil der Wissenschaft bestritten.¹⁾ Vorausschauend kann allerdings für den Bereich des Ausschluss- und Ablehnungsrechts gesagt werden, daß hier eine einheitliche gesetzliche Regelung geschaffen werden könnte, wobei allerdings Besonderheiten des einen oder anderen Verfahrens Berücksichtigung finden müßten. Im Hinblick darauf, daß der Verabschiedung eines einheitlichen Verfahrensgesetzes aller Prozeßordnungen noch große und schwer zu überwindende Schwierigkeiten entgegenstehen, ist zur Zeit nur der Versuch realistisch, auf verschiedenen Teilgebieten eine Annäherung herbeizuführen. Davon soll auch in der vorliegenden Arbeit ausgegangen werden.

1) Vgl. Ule DVBl 1958, 691 ff. m.w.N.

Vorweg sei dabei schon allgemein bemerkt, daß die eigentlichen Unterschiede und Probleme in den drei Verfahrensordnungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit (ZPO, StPO, FGG) liegen, da die verwaltungsgerichtlichen Prozeßordnungen fast ausschließlich auf die Regelungen der ZPO verweisen.

Eine übereinstimmende prozessuale Regelung ist aber nur soweit gerechtfertigt, als nicht die Eigenarten der im Grundgesetz gewährleisteten Gerichtsbarkeiten eine entsprechende besondere Gestaltung des Verfahrens fordern. Insoweit ist die Fragestellung der Arbeit auch dahin auszudehnen, ob sich nicht sogar eine Verstärkung der Unterschiede empfiehlt.

Die Behandlung der einzelnen Ausschlußgründe erfolgt nicht in der Reihenfolge, wie die Gesetze sie aufzählen. Vielmehr wird sich die Reihenfolge nach der wissenschaftlichen Umstrittenheit und nach der Verwandtschaft der Ausschlußnormen richten. Auch innerhalb eines Ausschlußkomplexes wird der Vergleich der Prozeßordnungen nicht immer von einer bestimmten Verfahrensordnung aus unternommen, sondern von derjenigen, die am jüngsten ist oder am besten den Tatbestand aufzuhellen vermag. Aus Gründen der Klarheit werden Möglichkeiten der Ablehnung zum Teil zusammen mit den Ausschlußnormen behandelt.

2. Kapitel

Geschichtliche Entwicklung, allgemeine Bedeutung und Einordnung der Ausschluß- und Ablehnungsnormen

1. Teil Geschichtlicher Überblick

Die Rechtsinstitute der Ausschließung und Ablehnung von Richtern sind keine Errungenschaft der neueren

Zeit. Der Grundsatz der Unabhängigkeit der Rechtsprechung und der Unparteilichkeit des Richters gegenüber den am Verfahren beteiligten Personen und den zu entscheidenden Rechtsfällen ist mit dem Begriff der Rechtsprechung untrennbar verbunden und schon seit alters her in allen Staaten mit hoher Rechtskultur anerkannt und gefordert, wenn auch nicht immer praktiziert worden (z.B. im Zeitalter des Absolutismus). Die Entwicklung dürfte dabei vom Verbot des Richtens in eigener Sache ausgegangen sein.¹⁾ Die Ablösung des Faustrechts und der Selbsthilfe konnte nur dadurch geschehen, daß die Parteien einen mit genügend Autorität versehenen Dritten, einen Unparteiischen, um die Lösung ihres Konflikts ersuchten.

A. Zivilprozeß

Wie sich aus dem Terminus "Parteien" schon schließen läßt, soll die Entwicklung dieser Rechtseinstitute zunächst anhand des Zivilprozesses aufgezeigt werden. Die Entwicklung im Strafprozeß ist parallel verlaufen,²⁾ hat aber in der Wissenschaft nicht ganz die Beachtung zu erlangen vermocht, die ihr im Zivilverfahren geschenkt worden ist.

I. Die Voraussetzungen des Ausschließungs- und Ablehnungsrechts

1. Vorrömisches Recht

Da in ältester Zeit ein Ausschluß- und Ablehnungsantrag seitens der Parteien noch unbekannt oder nicht üblich war, versucht man die Unabhängigkeit

1) Kornblum, S. 117

2) vgl. Geyer, S. 345 ff.; Zachariae, S. 335 ff.

und Unparteilichkeit des Richters dadurch sicherzustellen, daß man von ihm z.B. den Besitz eines Vermögens verlangte, der ihn finanziell sicherte, um Bestechungen zu vermeiden - so im alten Ägypten¹⁾ - oder daß man moralischen Druck durch Ablegung eines Eides ausübte - so im Griechenland der klassischen Zeit.²⁾ Letztere Form hat sich bis in die heutige Zeit erhalten.

2. Römisches Recht

Erst im römischen Recht bildeten sich die Institute der Ausschließung (Inhabilität) und der Ablehnung (Rekusabilität) näher aus. Dabei wurde aber zwischen beiden zunächst nicht technisch unterschieden, weil die Untersuchung, ob die Unparteilichkeit gestört erschien, durchweg eine konkrete Tatfrage blieb.³⁾ Erst seit den Kanonisten fühlte sich die Lehre gedrängt, die eigentliche Unfähigkeit und bloße Verwerflichkeit zu sondern, weil man abstrakte Tatbestände suchte und die Verweisung auf eine konkrete Prüfung für unsicher erachtete.⁴⁾

Geht man nun auf die Ausschluß- und Ablehnungsgründe im römischen Recht ein, so ist es notwendig, kurz die Besonderheiten des damaligen Verfahrens aufzuzeigen.

Der klassische Zivilprozeß (Formularprozeß) bestand aus zwei Teilen, zunächst dem Verfahren in iure vor dem Magistrat (in Rom dem Praetor). Dieser prüfte, ob dem Kläger - die Richtigkeit seines Vorbringens wurde unterstellt - ein Anspruch zustand

1) Seidl, § 32

2) ders., a.a.O.

3) Endemann, S. 92 Fn. 20

4) Endemann, S. 92 Fn. 21

und erteilte ihm gegebenenfalls eine Formel. Daran schloß sich das Verfahren *apud iudicem*, vor einem selbst gewählten und später vom Kaiser bestimmten Richter an, der das Vorbringen der Parteien in tatsächlicher Hinsicht überprüfte.¹⁾

Ausgeschlossen (*inhabiles*) waren sowohl der Magistrat als auch der *iudex* in Sachen, die ihre eigenen Angelegenheiten betrafen (*in propice causa nemo iudex esse potest*), wobei unter eigener Sache nur die wirklich eigene Parteistellung - auch die aufgrund Erbschaft - verstanden wurde.²⁾ Weiterhin war der Magistrat unfähig, in Sachen seiner Angehörigen Recht zu sprechen, während demgegenüber der *iudex* in den Streitangelegenheiten seiner nächsten Angehörigen entscheiden konnte, weil diese keine *propices causae* im strengen Sinne waren.³⁾ Im übrigen war es im römischen Recht ausdrücklich untersagt, in derselben Sache zugleich Richter und Anwalt einer Partei zu sein.⁴⁾

Vergleicht man diese Regelungen mit den heutigen Normen der ZPO, so kann man feststellen, daß im römischen Recht beim Ausschluß von Gerichtspersonen der Rechtsgedanke des jetzigen § 41 Nr. 1 ZPO in eingeschränkter Form unbedingt dominierend war und teilweise die Gedanken der Absätze 2, 3 und 4 bekannt waren und Anwendung fanden.

Wenn der Rechtsstreit zwar nicht als eigene Sache des Richters erschien, aber doch zu befürchten war, daß dieser Richter nicht mit voller Unbefangenheit urteilen könnte, so war es der mißtrauenden Partei

1) vgl. Kaser, § 80 II

2) von Bayer, S. 249

3) ders., S. 250

4) ders., S. 249

gestattet, ihn zu recusieren. Dieses Recusationsrecht war jedoch zunächst beschränkt. Solange der Formularprozeß Anwendung fand, konnte nur der iudex abgelehnt werden. Dabei brauchte die Partei nicht einmal einen bestimmten Ablehnungsgrund anzugeben.¹⁾ Von einem Ablehnungsrecht gegenüber dem Magistrat findet sich keine bestimmte Spur.²⁾ Hegte daher der Kläger einen Verdacht gegen den zuständigen Beamten, so mußte er mit der Erhebung der Klage warten, bis der Amtsinhaber von seinem Amte abtrat und einem anderen Platz machte. Diese Regelung kann wohl nur damit erklärt werden, daß man die höchsten juristischen Beamten der Staates (hier die Praetoren) in Sachen des niederen Volkes als gefeit ansah, subjektiv zu entscheiden. Denn wenn der ablehnende Kläger der Obrigkeit angehörte, hatte sich der Magistrat der Rechtsprechung zu enthalten.³⁾

Nach dem Untergang des Formularprozesses wurden im justinianischen Recht die Grundsätze hinsichtlich der Ablehnung (Recusation) - die Zweiteiligkeit des Prozesses war jetzt entfallen - auf die niedrigeren, vom Kaiser delegierten Richter und von den höheren Gerichtsbehörden ernannten Hilfsrichter angewandt.⁴⁾

Eine Ablehnung der höchsten Justizbeamten gab es dagegen weiter nicht. Hielt eine Partei den Magistrat für verdächtig, so konnte sie den Antrag stellen, daß der Abgelehnte gemeinsam mit dem Erzbischof oder Bischof den Rechtsstreit entscheide.⁵⁾

1) von Bayer, S. 251

2) ders., a.a.O..

3) ders., S. 252

4) ders., a.a.O.

5) Wetzell, S. 422 Fn. 18

3. Kanonisches Recht

Das kanonische Recht folgte zum größten Teil dem römischen Vorbild, in Bezug auf die Ablehnung jedoch der bereits von den Glossatoren vertretenen Ansicht, daß die Unbefangenheit als ein Haupterfordernis für jeden Richter betrachtet werden müsse, und ließ die Recusation aller Richter zu.¹⁾

4. Gemeines Recht

Im Rahmen der Rezeption fanden diese Gedanken auch im deutschen Rechtsgebiet Eingang und entwickelten sich im gemeinen Recht fort. Ein Richter war auch jetzt grundsätzlich ausgeschlossen in eigenen Sachen, wobei der Begriff eigene Sache eng ausgelegt wurde. Des weiteren war er ausgeschlossen in Sachen seiner Aszendenten, Deszendenten, Stief- und Schwiegereltern, Stiefkinder, Ehefrau und anderen Verwandten,²⁾ ebenso in Sachen seiner Mündel und seiner Klienten, soweit er ihnen als Anwalt gedient hatte. Der heute in § 41 Nr. 6 ZPO verkörperte Gedanke des Ausschlusses wegen Vorbefassung war damals noch unbekannt. Der erstinstanzliche Richter durfte durchaus in zweiter Instanz urteilen.³⁾ Auch das Recht der Ablehnung fand zunehmende Bedeutung und dürfte ungefähr mit dem heutigen übereingestimmt haben.

1) Wetzell, S. 422 Fn. 18

2) Endemann, S. 91

3) ders., a.a.O.

II. Selbstablehnung

Durch die Verbeamtung des Richtertums bildete sich in dieser Rechtsepoche auch das Institut der Ablehnung von Amts wegen aus,¹⁾ heute Selbstablehnung genannt, eine Form, die im kanonischen Recht unbekannt und im römischen Recht bei den Vorschriften über den Magistrat andeutungsweise zu erkennen war - der Praetor konnte teilweise die Jurisdiktion im Befangenheitsfalle auf andere übertragen.²⁾ Eine erste Kodifizierung der Selbstablehnung findet man in der Kammergerichtsordnung von 1555 (I 13, § 13): "Der Beisitzer soll seine Befangeheit den Kollegen anzeigen und sich des Richtens enthalten." Diese Vorschrift wurde wohl wegen I 22, § 9 dieser Verfahrensordnung notwendig, da die Richter des Reichsgerichts nicht abgelehnt werden konnten. Das formelle Verfahren bei der Selbstablehnung unterschied sich kaum von dem heutigen: Anzeige an die Kollegen bzw. die Oberbehörde. Diese entschieden dann über das Vorbringen.³⁾

III. Rechtsfolgen

Auch die Rechtsfolgen, die die Inhabilität und Recusation eines Richters hervorriefen, machten eine lange Entwicklung durch. So war im klassischen römischen Recht das Verfahren wegen Inhabilität des Richters ohne Beschwerde ipso iure nichtig.⁴⁾ Später ging die Anschauung dahin, daß nicht jeder Inhabilitätsverstoß unbedingt Nichtigkeit des Verfahrens hervorrief,⁵⁾ sondern ein Ausschluß teilweise auch

1) Endemann, S. 103
2) ders., S. 103 Fn. 1
3) ders., S. 103
4) ders., S. 95 Fn. 5
5) ders., S. 95

im Rahmen der Recusation geltend gemacht werden mußte. Besonders im älteren gemeinen Recht kam bei Vorliegen eines Ausschlußgrundes nicht automatisch ein Ausscheiden des Richters aus dem Rechtsstreit in Frage. Vielmehr mußte in jedem Verfahren der jeweiligen Besonderheit der Beziehungen zwischen Richter und Partei Rechnung getragen werden. So blieb ein Ausschluß meist der eigenen Rücksicht des Richters anheimgestellt.¹⁾ Während noch im römischen Recht die Parteien ohne Grund ein Recusationsgesuch anbringen konnten und sogenannte arbitri dann über den Rechtsstreit entschieden,²⁾ mußten schon im kanonischen Recht Verdachtsgründe angeführt und bewiesen werden.³⁾ Darüber, ob dies gelungen war, entschieden in der Regel von den Parteien gewählte Schiedsrichter.⁴⁾ Neben dem Beweise konnte sich die ablehnende Partei noch des Perhorrescenzeides bedienen. Dieser Eid besaß auch im gemeinen Prozeß Geltung. Über seine Bedeutung besteht im Schrifttum zum gemeinen Zivilprozeß jedoch Streit. Es werden, ohne daß dazu weiter Stellung genommen werden soll, drei Meinungen vertreten.⁵⁾

1. Die ablehnende Partei muß nur eidlich bekräftigen, daß sie dem Richter nicht traue, ohne einen speziellen Ablehnungsgrund geltend zu machen.
2. Die ablehnende Partei muß einen Verdachtsgrund geltend machen, der Eid ersetzt aber den Beweis.
3. Ein unvollständig geführter Beweis wird durch den Perhorrescenzeid vervollkommenet.

Die neueren Prozeßordnungen des 18. und 19. Jahrhunderts haben diesen Eid teils gänzlich abgeschafft oder doch wenigstens beschränkt.⁶⁾

1) Endemann, S. 91

2) Wetzell, S. 425

3) von Bayer, S. 257

4) ders., S. 258

5) ders., S. 255 - 257; Endemann, S. 100

6) Endemann, S. 101

Der Recusationsantrag hatte im gemeinen Recht auf-schiebende Wirkung. Über ihn entschieden bei Einzel-richtern und Kollegien, soweit der Rest nicht mehr stimmfähig war, das Obergericht, sonst das übrige Kollegium. Hatte der Antrag Erfolg, so war das Ober-gericht genötigt, für einen anderen Richter oder eine andere Kommission zu sorgen; das urteilsfähig ge-liebene Kollegium konnte natürlich selbst ent-scheiden.¹⁾ Das Obergericht war allerdings auch be-rechtigt, selbst zu urteilen, tat dies aber gewöhn-lich nicht, um der ablehnenden Partei keine Instanz zu nehmen.²⁾

Die Verfügungen eines mit Erfolg abgelehnten Richters waren ebenso ungültig wie die Verfügungen eines unzuständigen Gerichts.

B. Strafprozeß

Im Strafprozeß ist die Entwicklung - von wenigen speziell auf das Strafverfahren bezogenen Regelungen abgesehen - parallel gelaufen.³⁾ Die Ausschließungs-regeln haben in ihrem Kern in allen Rechtsepochen Gültigkeit gehabt. Besonderheiten ergaben sich inso-fern, als in verschiedenen Partikularprozeßordnungen des 18. und 19. Jahrhundertst auch die Ausschlies-sungsgründe nur im Wege der Ablehnung geltend ge-macht werden konnten.⁴⁾

Auch das Institut der Ablehnung ist seit alters her ein Kernbestandteil des "peinlichen Verfahrens". Zwar hüllen sich die älteren Kodifikationen, z.B. die Constitutio Criminalis Carolina, hinsichtlich der Frage, wann eine Gerichtsperson in einem be-

1) Endemann, S. 101, 102

2) von Bayer, S. 261

3) vgl. Geyer, S. 345 ff.; Zachariae, S. 355 ff.

4) So die Hannoversche StPO von 1850; vgl. Planck, S. 8 Fn. 3

stimmten Prozeß zur Mitwirkung unfähig ist oder rechtsgültig abgelehnt werden kann, in Schweigen. Trotzdem sollen hier "alte, wohlhergebrachte Gebräuche, größtenteils aber die Lehren des gemeinen Rechts" maßgebend sein.¹⁾ Diese Lehren stimmen fast vollständig mit denen des Zivilprozesses überein.²⁾

Besondere Beachtung fand auch im Strafprozeß wieder das Institut des Perhorreszenzeides. Noch im 19. Jahrhundert hat man sich ernsthaft mit dem willkürlichen Ablehnungsrecht, d.h. der Ablehnung ohne Angabe von Gründen wie in römischer Zeit befaßt.³⁾ Jedenfalls in der Form, daß die Beteiligten einen Richter dann ablehnen konnten, wenn sie ihr Mißtrauen in seine Unparteilichkeit ohne Angabe von Gründen beschworen, hat sich dieses Institut bis ins 19. Jahrhundert erhalten.⁴⁾ Die Staaten Württemberg⁵⁾ und Braunschweig⁶⁾ ließen noch im vorigen Jahrhundert eine Ablehnung des Richters ohne Angabe von Gründen zu, wenn der Ablehnende einen solchen Eid leistete. Der Gesetzgeber der StPO hat eine ausdrückliche Absage an den Perhorreszenzeid für notwendig gehalten, um nicht allein die subjektive Meinung des Angeklagten entscheiden zu lassen, ob ein bestimmter Richter tätig werden darf oder nicht (§ 26 Abs. II S. 2 StPO). Hier wird einer Forderung Montesquieus eine Absage erteilt. Montesquieus war der Ansicht, daß sich bei großen Anklagen der Verbrecher Richter wählen solle oder daß er wenigstens eine so große Zahl zurückweisen dürfe, daß die verbleibenden als von ihm gewählt gelten könnten.⁷⁾

1) Schroetenweck, S. 24, 25

2) vgl. oben S. 12

3) Ullmann, S. 171 Fn. 4

4) vgl. Arzt, Strafrichter, S. 3

5) Württembergische StPO von 1849, Art. 42

6) Braunschweigische Strafprozeßordnung von 1849; vgl. Zachariae, S. 345

7) Arzt, Strafrichter, S. 4

Von dieser Forderung muß jedoch eine 1924 beseitigte Norm der StPO bestimmt gewesen sein, die bei Anklage vor dem Schwurgericht alter Art den Angeklagten ein freies Wahlrecht und ein keiner Begründung bedürftiges Ablehnungsrecht bezüglich der Geschworenen gewährte (§ 282 ff. StPO in der Form von 1877).

2. Teil Das Prinzip des unbeteiligten Dritten sowie der Zweck der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe

A. Das Prinzip des unbeteiligten Dritten

I. Ausformung durch das Bundesverfassungsgericht

Die Rechtsinstitute des Ausschlusses und der Ablehnung sind geschaffen worden, um dem Anliegen der Rechtsprechung, der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen, zum Siege zu verhelfen und alle Nebeneinflüsse, die diese Suche nach Wahrheit und Gerechtigkeit in irgendeiner Weise beeinträchtigen könnten, möglichst auszuschalten. Bei allen Staatsbürgern soll sich ein berechtigtes Vertrauen auf den von der Rechtsprechung zu dokumentierenden Rechtswillen des Staates entwickeln können.¹⁾

Neben der Weisungsfreiheit und der institutionell gesicherten persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit im Sinne des Art. 97 GG ist daher jeder richterlichen Tätigkeit wesentlich, daß sie von einem nicht beteiligten Dritten ausgeübt wird; denn diese Vorstellung ist mit dem Begriff von Richter und Gericht untrennbar verknüpft, diesen Begriffen sozusagen immanent.²⁾

1) Eb. Schmidt, LK I, S. 304

2) BVerfGE 4, 331, 346; 3, 377, 381/382

Mit dieser Formel umreißt das Bundesverfassungsgericht eigentlich das ganze Problem des Ausschluß- und Ablehnungsrechts, in ihr lassen sich alle Aussagen darüber vereinigen. Zwar werden in Literatur und Praxis bei der Behandlung der Befangenheitstatbestände die verschiedensten Umschreibungen verwandt,¹⁾ letztlich haben aber alle ihren Ausgangspunkt in der Forderung nach der Unbeteiligtheit des Dritten. Denn der Richter wird bei Parteiprozessen von den Parteien als ein an ihrem Streit nicht Beteiligter angerufen, um ihren Prozeß zu entscheiden. Diese Unbeteiligtheit ist auch dann dem Richteramte wesentlich, wenn man das Wesen der Rechtsprechung nicht in der Streitentscheidung, sondern in der Rechtsschutzgewährung erblickt.²⁾ Denn auch bei dieser Betrachtungsweise wird bei einem unbeteiligten und uninteressierten Dritten um Rechtsschutz nachgesucht.

Diese Forderung gilt nicht nur für die Verfahren, bei denen sich zwei Parteien im Streit gegenüberstehen, sondern auch für den Strafprozeß und das Verfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. In diesen Prozessen geht es nicht darum, daß ein Streit zwischen zwei Parteien ohne Vorurteil irgendwelcher Art entschieden wird, sondern daß persönliche Empfindungen und Beziehungen der Richter die Entscheidung der Schuld- und Straffrage beeinflussen³⁾ bzw. auf Anordnungen, Beschlüsse oder sonstige Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Einfluß nehmen, so daß dem Grundsatz der Suche nach unbedingter Wahrheit und Gerechtigkeit nicht mehr Genüge getan wird. In der freiwilligen Gerichtsbarkeit

1) vgl. dazu unten S. 24/25

2) Bettermann, Unabhängigkeit, S. 525

3) BGHSt 3, 68/69

allerdings ist dieser Grundsatz in seiner letzten Konsequenz erst seit einigen Jahren aufgrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts durchgeführt.¹⁾

II. Prozesse mit Beteiligung des Staates

Diesen bisherigen Erörterungen zur Unbeteiligtheit des Richters scheint aber eine Tatsache, die bisher unberücksichtigt geblieben ist, zu widersprechen. In den Prozessen der Verfassungs-, Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit ist der Staat aufgrund der Überprüfung staatlichen Handelns notwendigerweise Partei. Das gleiche gilt vom Strafprozeß - ausgenommen Privatklaggesachen - und von Enteignungs- und Amtshaftungsprozessen im Zivilverfahren; eventuell aber auch von einigen besonderen zivilprozessualen Verfahrensarten wie dem Entmündigungs- und Eheverfahren, weil hier der Staatsanwaltschaft vom Gesetzgeber das Recht der Mitwirkung zugestanden worden ist (§§ 607, 646 Abs. II, 652 ZPO). Zwar sitzt der Staat, vertreten durch seine Rechtsprechungsorgane, in allen gerichtlichen Verfahren zu Gericht. In den eben genannten Fällen ist er aber nicht nur der den Rechtskonflikt beendende, also streitentscheidende Teil, sondern zugleich auch - vertreten durch ein anderes Organ - Partei. Auf den ersten Blick sieht es so aus, als ob hier kein neutraler Dritter die Entscheidung fällen würde, da ja auch die Gerichte Organe desselben Staates sind, dessen Handlungen überprüft werden sollen. So wären die Richter in einem großen Teil der Verfahren

1) BVerfGE 21, 139 ff

generell nicht unabhängige und unparteiische Dritte - wie es aus der Zeit der absolutistischen Staaten bekannt ist, wo sie die Anweisungen des Landesherrn berücksichtigen mußten.

Die Forderungen nach dem parteiunabhängigen und dem staatsunabhängigen Richter überschneiden sich hier.¹⁾

In der heutigen Zeit kommt zur Lösung dieses Problems den Artikeln 20 Abs. II und 97 GG besondere Bedeutung zu. Die Herstellung des Prinzips des unbeteiligten Dritten kann nur im Rahmen der Gewaltenteilung durchgeführt werden. Die Rechtsprechung muß durch besondere, von den Organen der Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalt verschiedenen Institutionen ausgeübt werden. Nur bei streng durchgeführter Trennung der Gerichte von den anderen Staatsorganen läßt sich das für die Rechtsprechung wesentliche Prinzip der Unbeteiligtheit verwirklichen.²⁾

III. Umschreibung der Unbeteiligtheit durch mehrere Begriffe in Rechtsprechung und Literatur

In der Rechtsprechung und Literatur haben sich im Laufe der Zeit zur näheren Bezeichnung der richterlichen Unbeteiligtheit mehrere Begriffe herausgebildet. Da wird von Unparteilichkeit³⁾, Neutralität,⁴⁾

1) Bettermann, Vom Sinn und von den Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit in Ein Cappenberger Gespräch, S. 47

2) BVerfGE 4, 331, 346; vgl. auch die Entscheidungen des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit von Standes- und Berufsgerichten BVerfGE 4, 74, 92; 18, 241 ff.

3) z.B. BVerfGE 4, 412, 416/417; BGHSt 21, 334, 341; LG Bonn, NJW 1966, 160

4) z.B. Bettermann, AöR 92, 496, 510; BVerfGE 18, 241, 255

Objektivität,¹⁾ Sachlichkeit,²⁾ Distanz, ³⁾ Unvoreingenommenheit, ⁴⁾ Unbefangenheit ⁵⁾ etc. geredet, wobei die einen Begriffe mehr bei der Erörterung des Ausschlußrechts, die anderen mehr beim Ablehnungsrecht Anwendung finden.

Literatur und Rechtsprechung haben aber bisher keine einheitliche, nach bestimmten Gesichtspunkten orientierte Einordnung vorgenommen. Vielmehr werden im konkreten Falle verschiedene Begriffe wahllos aufgenommen und hintereinander gestellt, teilweise ist ein Begriff nur die deutsche Übersetzung eines anderen (z.B. Unparteilichkeit = Neutralität) oder besitzt den gleichen materiellen Sinngehalt (z.B. Unbefangenheit = Unvoreingenommenheit).⁶⁾ Das hatte aber keine konkreten negativen Auswirkungen, da immer nur die Unbeteiligtheit des Dritten umschrieben werden soll. Betrachtet man diese Begriffe näher, so könnte man sie vielleicht in drei Gruppen einteilen:

1. Unbeteiligtheit in bezug auf die Parteien selbst
2. Unbeteiligtheit auf die zu entscheidende Sache als solche
3. Unbeteiligtheit in bezug auf beide vorherigen Gruppen zusammen.

Zur Gruppe 1 würden etwa die Begriffe Parteilichkeit und Neutralität gehören, zur zweiten Objektivität, Sachlichkeit, Distanz und zur dritten z.B. Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit.

1) z.B. OVG Lüneburg, OVGE 22, 375, 376; BVerfGE 14, 56, 69 ff.; Kornblum, S. 3

2) z.B. BVerfGE 4, 412, 416/417; BVerwG, BayVwBl 1968, 357

3) z.B. LG Bonn, NJW 1966, 160; OLG Hamm, NJW 1967, 1577

4) BGHSt 21, 334, 341; VGH Kassel, DVBl 1963, 72, 74/75

5) z.B. Bettermann, AöR 92, 496, 510; BGH NJW 1960, 1762/1763; VGH Kassel, DVBl 1963, 72, 74/75

6) vgl. Duden, Rechtschreibung; weiteres Beispiel: objektiv = sachlich = vorurteilslos, Brockhaus, Enzyklopädie

Dabei muß man sich aber im klaren sein, daß eine genaue Einordnung in die angeführten Gruppen nicht möglich ist, da sich die Begriffe überschneiden. Im übrigen müßte eine genaue Begriffsbestimmung einer philologischen Arbeit überlassen bleiben, die juristische Problematik wird dadurch keiner Lösung zugeführt.

B. Der Zweck der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe

Nach Ansicht der Rechtsprechung¹⁾ und den Materialien zur StPO²⁾ sowie zur ZPO³⁾ liegen die Hauptzwecke der Ausschließungsbestimmungen darin, das Ansehen der Justiz nicht zu gefährden oder für die Rechtspflege den Schein der Parteilichkeit zu vermeiden. Diese Betrachtungsweise ist jedoch zu sehr auf die Sicht der Rechtsprechungsorgane als solche zugeschnitten. Das Problem wird noch nicht aus der Sphäre des betroffenen Bürgers gesehen (eine solche Betrachtungsweise konnte allerdings zur Zeit des Untertanenstaates auch keinen Platz greifen). Man könnte den Eindruck haben, als ob es allein um die "weiße Weste" der Justiz ginge, wenn auch nicht verkannt werden soll, daß das Ansehen der Justiz ein nicht geringes Anliegen sein sollte.

Sieht man das behandelte Rechtsinstitut in erster Linie aus dem Blickwinkel der Parteien - wie es der heutigen Auffassung vom Rechtsstaat eher entspricht -, so soll es eine weitgehende Sicherung gegenüber Benachteiligungen - sei es auch nur unbewußter oder instinktiver Art - sein, die ihren Grund in entsprechender Beeinträchtigung der richterlichen

1) BGHSt 14, 219, 221

2) Hahn, Mat. I zur StPO, S. 82 ff.

3) Hahn-Stegemann, Mat. I zur ZPO, S. 163

Unbeteiligtheit haben oder zumindest für den außenstehenden Beobachter zu haben scheinen, auch wenn dies in Wirklichkeit nicht der Fall ist. Diese Sicherung vor bewußten oder unbewußten Benachteiligungen gilt auch in den anderen Verfahrensordnungen, nur daß sich hier die Konsequenzen oftmals nicht in einem unberechtigten Obsiegen oder Unterliegen gegenüber einem direkten Gegner, sondern in einer nicht der Wahrheit entsprechenden Entscheidung über den Prozeßstoff, beim Strafprozeß z.B. der Schuld- und Straffrage niederschlagen.

Gleichzeitig wird mit der Ausschließungsregelung das Vertrauen der Beteiligten auf eine faire und objektive Verhandlung geschützt.¹⁾ Mißtrauen Prozeßbeteiligte dem Richter, so ist damit zugleich auch der Verdacht verbunden, daß ihre Rechtsangelegenheit nicht mit der gebührenden Sachlichkeit behandelt und ein unvoreingenommenes Urteil gefällt wird. Solchem Mißtrauen, manchmal auch nur Vorurteil, hat der Gesetzgeber wenigstens in den gravierendsten generellen Fällen durch die Ausschlußnormen Rechnung getragen.

Des weiteren wird auch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtspflege gefördert.²⁾ Jeder kann unbedenklich davon ausgehen, daß persönliche und unsachliche Motive keinen Ausschlag für die Entscheidung geben. Das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtspflege ist deshalb so wichtig, weil jedermann damit rechnen muß, mit der "dritten Gewalt" in Berührung zu kommen.

1) Eb. Schmidt, Sache der Justiz, S. 18/19;
Nikisch, S. 81; Kornblum, S. 122

2) Nikisch, S. 81

Letztlich darf aber auch ein weiterer Effekt nicht übersehen werden, der den Richter selbst betrifft. Die Ausschließungsgründe stellen Tatbestände unmittelbar eigener Beteiligung des Richters an der Streitsache (dazu sollen auch die Fälle des Vorbehaftsseins gerechnet werden) oder persönlicher Beziehungen zu den Beteiligten dar. Der Richter wird durch diese Normen vor inneren Konflikten bewahrt, in die er durch die aufgezählten Bindungen geraten könnte. Allerdings darf nicht verkannt werden, daß es sich hierbei lediglich um eine Nebenfolge und nicht um einen Hauptzweck des Gesetzes handelt. Der Richter soll nämlich nicht um seiner selbst willen vor inneren Konflikten bewahrt werden. Solche Konfliktsituationen sind mit dem Richterberuf typischerweise verbunden und müssen von den die Entscheidung fällenden Personen hingenommen werden. Grundsätzlich soll auch jeder Verfahrensbeteiligte mit der gewissenhaften Erfüllung der Pflicht zur Unvoreingenommenheit rechnen können.¹⁾ Nur wenn die Gefahr besteht, daß eine Konfliktsituation den Richter entgegen seiner Pflicht zu einer fehlerhaften, d.h. irrational gefaßten Entscheidung führen könnte, wird er durch die Rechtsinstitute der Ausschließung und der Ablehnung von diesen Konflikten befreit.

Die gleichen Grundsätze beherrschen auch das Ablehnungsrecht. Wie oben schon dargelegt,²⁾ sind die Ausschließungsgründe nichts anderes als besonders gravierende Ablehnungsgründe. Während bei jenen die objektive Sicht im Vordergrund steht, wird bei diesen mehr auf den subjektiven Standpunkt der Betroffenen Rücksicht genommen.

1) BVerfG, NJW 1971, 1029/1030; ebenso RGSt 59,409 ff.

2) vgl. oben S. 4/5

3. Teil Verfassungsmäßige Einordnung

Keine allgemeine Regelung haben die Rechtsinstitute der Ausschließung und Ablehnung im Bonner Grundgesetz erfahren. Das Bild des unbeteiligten, unparteiischen, neutralen Richters ist verfassungsmäßig umfassend nirgends direkt festgelegt.¹⁾ Die verfassungsmäßige Zuordnung der behandelten Rechtsinstitute ist deshalb auch - wie könnte es anders sein - umstritten. Diesem Problem kommt bei der häufigen Überprüfung aller Normen am Grundgesetz, besonders aber im Hinblick auf eine eventuelle Verfassungsbeschwerde, gestiegene Bedeutung zu.²⁾

A. Art. 101 Abs. I S. 2 GG

I. Der Zweck des Art. 101 Abs. I S. 2 GG

Als Zuordnungsnormen bieten sich mehrere Verfassungsartikel an. Man kann zunächst einmal von Art. 101 Abs. I S. 2 GG ausgehen, wie es das BVerfG getan hat.³⁾ Diese Norm erklärt: "Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden." Sie soll der Gefahr vorbeugen, daß die Justiz durch eine Manipulierung der rechtsprechenden Organe sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird, insbesondere, daß im Einzelfalle durch die Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter das Ergebnis der Entscheidung beeinflußt wird, gleichgültig von welcher Stelle die Manipulierung ausgeht.⁴⁾ Der Rechtsuchende bzw. im Strafprozeß der Angeklagte hat einen Anspruch

1) vgl. Kollhoser, S. 75

2) Verfassungsbeschwerde kann nämlich nur bei Verletzung bestimmter GG-Art. eingelegt werden, § 90 BVerfGG

3) BVerfGE 21, 139 ff. = BVerfG, NJW 1967, 1123 ff.

4) BVerfGE 17, 294, 299

darauf, daß der Rechtsstreit, an dem er beteiligt ist, von seinem gesetzlichen Richter entschieden wird.¹⁾

Das Gebot des gesetzlichen Richters ordnet demnach - konkreter gefaßt - folgendes an: Jedermann hat das Recht, von einem Richter abgeurteilt zu werden bzw. seine Sache beurteilen zu lassen, der durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Besetzung des Gerichts, Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit (insoweit besteht eine Verzahnung zwischen Art. 101 Abs. I S. 2 GG und Art. 97 GG), über die Berufung der Laienrichter auf bestimmte Zeit, über die Zuständigkeit der Gerichte nach örtlichen und sachlichen Gesichtspunkten und über die Geschäftsverteilung innerhalb des einzelnen Gerichts von vornherein festgelegt ist.²⁾ Auf einen Nenner gebracht bedeutet dies, daß jeder einzelne in einer Rechts-sache zuständige Richter anhand von generellen und abstrakten Normen ohne Zwischenschaltung eines Willensaktes irgendeiner Person durch reine Rechts-anwendung ermittelt werden kann.³⁾

Der Art. 101 Abs. I S. 2 GG gewährleistet demnach eine normative Zuständigkeitsordnung und ihre Einhaltung.⁴⁾ Er sagt nichts darüber aus, welche personellen und organisatorischen Anforderungen an ein Gericht zu stellen sind, sondern lediglich, daß die Zuständigkeit der einzelnen Richter gesetzlich geregelt sein muß. Er enthält also nur eine "Zuständigkeitsgarantie."

1) BVerfGE, 17, 294, 299

2) Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S. 146

3) Marx, S. 58

4) Bettermann, AöR 94, 269

Diese Auslegung wird erhellt durch die geschichtliche Entwicklung der angesprochenen Grundgesetznorm. Zwar tritt das Schlagwort vom gesetzlichen Richter in der vom Grundgesetz gewählten Form zum ersten Mal in der Französischen Revolution auf.¹⁾ Die grundlegenden Gedanken reichen jedoch weiter zurück (z.B. petition of rights 1628).²⁾ Die Forderung nach der Gesetzlichkeit des Richters ist entstanden als Warn- und Kampfruf gegen die Monarchen, die die Allgewalt für sich in Anspruch nahmen und sie teilweise ungerecht und willkürlich handhabten.³⁾ Die Forderung sollte einen Schutzdamm aufrichten gegen Einwirkungen auf die Gerichte von außergerichtlichen Institutionen. Sie richtete sich gegen die Kabinettsjustiz, gegen die Einrichtung ministerieller Kommissionen zur Erledigung einzelner Rechtsfälle und ebenso gegen alle Arten von Ausnahmegerichten. Jede persönliche Einmischung der Monarchen in die Rechtspflege sollte ausgeschlossen werden.⁴⁾ Der Höhepunkt des Kampfes um den gesetzlichen Richter lag daher naturgemäß in der Zeit des Absolutismus. Auch heute noch ist es der Sinn des Art. 101 Abs. I S. 2 GG, die Einflußnahme von nicht gerichtlichen, staatlichen Institutionen, aber auch die Einflußnahme der Gerichtsbarkeit selbst⁵⁾ auf irgendwelche Prozesse durch gesetzlich nicht vorbestimmte Richter zu verhindern.⁶⁾

1) Marx, S. 128

2) Zur Geschichte des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter vgl. Aubin, S. 6 - 18; Henkel, Joachim, S. 1 ff.; Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S. 143 ff.; Marx, S. 128 ff.;

3) Schiedermaier, DÖV 1960, 6

4) ders. DOV 1960, 6, 7

5) BVerfGE 3, 359; 6, 45, 51 ff.; 7, 327, 329; 13, 132, 144; 15, 303, 306

6) vgl. dazu auch Rinck, NJW 1964, 1649 ff.

II. Subsumtion der Ausschließungs- und Ablehnungsnormen unter Art. 101 Abs. I S. 2 GG

Bei der Untersuchung der Problematik der Befangenheit des Richters und deren Stellung im System des Art. 101 Abs. I S. 2 GG wird man zwischen dem Ausschluß und der Ablehnungsmöglichkeit unterscheiden müssen. Wenden wir uns zunächst dem ausgeschlossenen Richter zu.

Oberstes Gebot des Art. 101 Abs. I S. 2 GG ist - wie oben dargelegt -, daß die Zuständigkeit des einzelnen Richters für den vorliegenden Fall normativ im voraus bis in die letzte Kleinigkeit festgelegt ist. Über die Regeln der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit (z.B. §§ 12 ff. ZPO; § 1 ZPO i.V. mit dem GVG) wird das urteilende Gericht bestimmt. Durch die Verteilung der Geschäfte auf die Kammer (§ 63 GVG) oder den Amtsrichter (§ 22 b GVG) und im ersten Fall die Geschäftsverteilung innerhalb der Kammern bei Beginn eines jeden Jahres ist für jeden Prozeß ein genau bestimmter Richter zuständig. Ist der nach diesem Verfahren gewonnene Richter nun aber in irgendeiner Weise befangen, so kollidiert das Prinzip der normativen Vorausbestimmung mit dem Prinzip der Neutralität. Beide dienen dazu, die Rechtspflege von sachfremden Einflüssen freizuhalten. Einen Ausgleich in diesem Konflikt hat der Gesetzgeber selbst geschaffen. Der ausgeschlossene Richter (§ 41 ZPO, §§ 22, 23 StPO, 54 VwGO) ist ipso iure vom Prozeßgeschehen ausgeschlossen, d.h. er kann keine Prozeßhandlung vornehmen, nicht einmal

Termine anberaumen.¹⁾ So gesehen stellen die Ausschlußnormen Zuständigkeitsnormen dar. Der abstrakt ermittelte Richter ist bei Vorliegen des Ausschließungstatbestandes von vornherein nicht zuständig, er ist in diesem Fall nicht der gesetzliche Richter.²⁾ Nach der gesetzlichen Regelung decken sich beim Ausschlußtatbestand die Forderungen nach dem neutralen und dem gesetzlichen Richter; der von Gesetzes wegen nicht als unbefangen angesehene Richter kann zugleich auch nicht gesetzlicher Richter sein.³⁾ Die Ausschlußgründe lassen sich somit dem Art. 101 Abs. I S. 2 GG zuordnen.

Anders sieht die Situation bei der Ablehnung wegen Befangenheit aus (z.B. § 42 ZPO; § 24 StPO; § 54 VwGO). Der abgelehnte Richter ist der zunächst zuständige. Er hat die Termine zu bestimmen und die Verhandlung bis zum Ablehnungsgesuch zu führen. Selbst danach darf er Handlungen vornehmen, die keinen Aufschub gestatten (§ 47 ZPO; § 29 StPO). Wird das Gesuch abgelehnt oder verspätet angebracht, entscheidet der zuerst befaßte Richter weiter (§ 43 ZPO; § 25 StPO). Der Partei oder dem Angeklagten ist es auch gänzlich unbenommen, einen befangenen Richter überhaupt nicht abzulehnen. Daraus erhellt, daß der zunächst normativ-abstrakt bestellte Richter der gesetzliche ist. Erst nach gerechtfertigter Ablehnung geht die Zuständigkeit unter erneuter Anwendung der Zuständigkeitsnormen auf den nunmehr berufenen Richter über. Erst von diesem Zeitpunkt an ist der befangene Richter nicht mehr der zu-

1) Stein-Jonas-Pohle, § 41 Anm. I

2) siehe auch Marx, S. 117

3) neuerdings a.A. Bettermann, AöR 94, 269, 270: Er sieht hier sowohl den ablehnbaren als auch den ausgeschlossenen Richter zunächst als zuständigen an.

ständige. Bei der Ablehnung wegen Befangenheit handelt es sich also gerade um Fälle, die dem gesetzlichen Richter entzogen werden müssen. Die Zuständigkeitsverteilung darf hier ausnahmsweise durchbrochen werden, weil sie einen unzureichend neutralen Richter liefern würde.

III. Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts

Dieser Ansicht steht die Entscheidung des BVerfG¹⁾ zur Frage der Richterablehnung in der FGG gegenüber.²⁾ In dieser Entscheidung stellt das Gericht nicht nur die normative Vorausbestimmung des Richters unter Art. 101 Abs. I S. 2 GG, sondern auch die Ablehnung im Falle fehlender Neutralität und Distanz. Das BVerfG sieht somit auch das Recht der Ablehnung im Lichte des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter. Es versteht damit unter gesetzlichem Richter denjenigen, den Gesetz und Geschäftsverteilung bestimmen würden, wenn sie dem Leitbild des distanzierten, unbeteiligten Richters voll Rechnung tragen würden.³⁾ Die Entscheidung des von der Rechtsprechung geforderten nichtbeteiligten Dritten als Richter⁴⁾ wird so unter die Vorschrift des Art. 101 Abs. I S. 2 GG, die mit der Ablehnung von Richtern nichts zu tun hat, gepreßt. Man kann sich diese Entscheidung und Verfassungsauslegung nur so erklären, daß das BVerfG den § 6 Abs. II FGG zwar für verfassungswidrig ansah, der Verfassungsbeschwerde aber nur dann stattgeben konnte, wenn es gelang, auch den Ablehnungstatbestand unter den Art. 101 Abs. I S. 2 GG zu

1) BVerfGE 21, 139 ff.

2) In § 6 Abs. II FGG war das Recht, einen Richter abzulehnen, ausgeschlossen. Diese Norm hat das BVerfG in der angeführten Entscheidung für verfassungswidrig erklärt.

3) Kollhosser, S. 76

4) vgl. BVerfGE 3, 377, 381/382; 4, 331, 346; 14, 56, 69 ff.

subsumieren. Denn Verfassungsbeschwerde kann nur wegen Verletzung der Grundrechte sowie Verletzung der Artikel 33, 38, 101, 103, 104 GG eingelegt werden (§ 90 BVerfGG). Das Gericht sah aus diesem Grunde wohl Art. 101 GG am naheliegendsten an und gab gestützt auf diese Norm der Verfassungsbeschwerde statt.¹⁾ Dabei übergang es eine andere Verfassungsvorschrift, die nicht unter der Rubrik Rechtsprechung normiert ist, die aber nahegelegen hätte, da auf sie auch eine Verfassungsbeschwerde gestützt werden kann - Art. 3 Abs. I GG (§ 90 BVerfGG). Darauf soll aber erst weiter unten²⁾ eingegangen werden.

IV. Ergebnis

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung kann somit festgehalten werden, daß zwar der Ausschluß von Richtern dem Art. 101 Abs. I S. 2 GG zuzuordnen ist, nicht aber das bloße Ablehnungsrecht. Dem Leitbild des unbeteiligten Richters wird daher in Art. 101 Abs. I S. 2 GG nur teilweise Rechnung getragen.

B. Art. 97 GG

Bevor die Diskussion um das Verhältnis von Art. 101 Abs. I S. 2 GG und den Ausschließungs- und Ablehnungsvorschriften durch die erwähnte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts angefaßt wurde, hatten mehrere Schriftsteller³⁾ und auch indirekt der BGH⁴⁾ den Art. 97 GG als verfassungsmäßige Grundlage

1) dazu insgesamt näher Kollhosser, S. 73 ff.

2) siehe unten S. 40

3) u.a. Habscheid, JR 1958, 361; ders., Rpfleger 1964, 200; Keidel-Winkler, § 6 Rdn. 26 Fn. 1

4) BGH, FamRZ 1963, 556

herangezogen. Diese Einordnung erfreut sich auch heute noch großer Beliebtheit.¹⁾

Art. 97 GG betrifft aber nach einhelliger Meinung nur das Verhältnis des Richters zu anderen staatlichen Gewalten.²⁾ Daß nur dieses Verhältnis des Richters zum Staat angesprochen ist, ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Art. 97 GG. Die Forderung nach der Unabhängigkeit des Richters sollte zusammen mit der gesetzlichen Zuständigkeit die Einflußnahme des Monarchen, sprich: der Verwaltung schlechthin, eindämmen.³⁾ In der absolutistischen Zeit war der Richter ein beamteter Staatsdiener, daher weisungsgebunden, und für seine Urteile dem Monarchen verantwortlich.⁴⁾

Art. 97 GG besagt in Abs. I, daß Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen seien, in Abs. II, daß endgültig angestellte Richter nur kraft richterlicher Entscheidung bei bestimmten gesetzmäßig fixierten Tatbeständen ihres Amtes enthoben oder versetzt werden können. Das Grundgesetz gewährleistet hierdurch Unabhängigkeit in zweierlei Richtung. Einmal durch Art. 97 Abs. I GG sachlich, d.h. die Rechtsprechung ist an Weisungen nicht gebunden und nur dem Gesetz unterworfen. Nichtrichterliche Institutionen (die Revisionsgerichte können natürlich die unteren Instanzen binden) haben kein Recht und keine Befugnis, Anweisungen zu geben, wie ein

1) Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 12 I 2; Jansen, § 6 Rdn. 15; Bärmann, § 7

2) BVerfGE 12, 67, 71; Leibholz-Rinck, Art. 97 Rdn. 1; Hamann-Lenz, Art. 97 A; Holtkotten, Bonner Kommentar, Art. 97 Anm. II 1a; Bettermann, AÖR 94, 269, 271; Kollhoser, S. 73 ff.

3) vgl. Kollhoser, S. 74

4) Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S. 84

bestimmter Rechtsstreit entschieden werden soll. Zum anderen durch Art. 97 Abs. II GG in persönlicher Beziehung. Die in Art. 97 Abs. II GG angesprochene persönliche Unabhängigkeit ist für die vorliegende Untersuchung nicht so wichtig. Art. 97 Abs. II GG betrifft nämlich nur die planmäßigen Berufsrichter. Die Regeln über den Ausschluß und über die Ablehnung gelten aber auch für die nicht planmäßigen Berufsrichter sowie die Laienrichter, so daß hier speziell nur die für alle Richter geltende Norm des Art. 97 Abs. I GG von Bedeutung ist.

Wie die Garantie des gesetzlichen Richters die Voraussetzungen für ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien bzw. dem Angeklagten und dem Richter schaffen soll, so trägt auch die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit im Sinne des Art. 97 GG dazu bei, daß die Prozeßbeteiligten darauf vertrauen können, auf einen unvoreingenommenen und nicht von einer bestimmten Seite vorher beeinflussten Richter zu stoßen.¹⁾ Daraus wurde dann von manchen Schriftstellern²⁾ der Schluß gezogen, daß Art. 97 GG die völlige Unabhängigkeit des Richters von allen sachfremden Einflüssen garantiere. In dem Gebot der richterlichen Unabhängigkeit von staatlichen Weisungen soll zudem zugleich eine Vorstufe des noch höheren Gebotes der richterlichen Unparteilichkeit gesehen werden können. Daher gebiete auch Art. 97 GG, typische Einflußelemente auf die richterliche Unparteilichkeit auszuschalten.³⁾

1) Bettermann, Unabhängigkeit, S. 525

2) vgl. S. 35, Fn. 3

3) Bärman, § 7

Daran ist zunächst jedenfalls soviel richtig, daß eine Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit im Einzelfall, insbesondere schon der Versuch der Einflußnahme auf den Richter durch staatliche Stellen, für die Parteien oder den Angeklagten die Besorgnis begründet, daß sie von einem Richter, der solchen Einwirkungen ausgesetzt ist, kein objektives Urteil zu erwarten haben. Insoweit haben die Vorschriften über die Ablehnung wegen Befangenheit mit Art. 97 GG etwas zu tun. Die Beeinflussung durch staatliche Instanzen betrifft jedoch nur einen kleinen, ganz bestimmten Teilbereich aller unsachgemäßen Einwirkungsmöglichkeiten auf den Richter.

Speziell geht es bei dieser Untersuchung des Ausschlusses und der Ablehnung aber um die Unabhängigkeit von den Parteien. Diese Unabhängigkeit wird von Art. 97 GG nicht geschützt.¹⁾ Die Mitwirkung des iudex suspectus oder inhabilis verletzt das Gebot der richterlichen Neutralität und Unbeteiligtheit, hat aber mit der Abhängigkeit des Richters von Parlament, Regierung und Verwaltung nichts zu tun. Nur diese Beziehung ist in Art. 97 GG angesprochen.²⁾ Zwar lautet der Leitsatz der oben angeführten Bundesverfassungsgerichtsentscheidung:³⁾ Art. 97 GG betrifft nur das Verhältnis der Richter zu den Trägern nichtrichterlicher Gewalt. Daraus könnte man den Schluß ziehen, daß darunter auch das Verhältnis zu den Parteien fällt. Diese Vermutung wird aber

1) Leibholz-Rinck, Art. 97 Rdn. 1; Bettermann, AöR 94, 269, 271; Kollhosser, S. 73 ff.

2) BVerfGE 12, 67, 71; Hamann-Lenz, Art. 97 A;,, Holtkotten in Bonner Kommentar, Art. 97 Anm. II 1 a; Ule, S. 49

3) BVerfGE 12, 67, 71

durch die Gründe der Entscheidung schnell widerlegt. Die Entscheidung geht nur auf das Verhältnis der Richter zum Staat ein, in allen Detailfragen wird auf das Politische abgestellt.

Art. 97 hat somit nur den heute kaum noch relevanten Fall der Einmischung des Staates in die Rechtsprechung vor Augen, soll aber nicht die Recht-suchenden vor sonstiger Befangenheit des Richters umfassend schützen.

C. Art. 92 GG

Wie am Anfang des Kapitels schon bemerkt, ist das Bild des unbeteiligten, unparteiischen und neutralen Richters im Grundgesetz nirgends festgelegt. Dieser Grundsatz ist aber aus dem Bereich der Rechtsprechung auch nicht hinwegzudenken. Ohne die Ausübung der Rechtsprechung durch einen unbeteiligten Dritten, der den Fall in Distanz zur Sache und unparteilich gegenüber den Beteiligten entscheidet, wäre die Rechtsprechung keine Rechtsprechung im heutigen Sinne. Es fehlte der allein an der Gerechtigkeit orientierte Bezug. Ein parteiischer Richter kann nicht den Zweck erfüllen, aufgrund dessen er angegangen wird, nämlich einen Rechtsfall allein nach dem Gesetz gerecht zu entscheiden. Die Entscheidung durch einen unbeteiligten Dritten ist daher mit dem Begriff von Richter und Gericht untrennbar verknüpft.¹⁾ Dieser Grundsatz steht neben allen Verfassungsnormen über der Rechtsprechung, schwebt gleich-

1) BVerfGE 4, 331, 346

sam darüber. Will man ihn jedoch näher einordnen, bietet sich unter der Rubrik Rechtsprechung nur Art. 92 GG an, der die Grundnorm der Justiz darstellt: Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut. Die anderen Artikel (wie Art. 97 und 101 Abs. I S. 2 GG) sind Ausschnitte aus der Palette der verfassungsmäßigen Grundanforderungen an die Rechtsprechung, die einzelne ausgewählte Fragen beantworten.¹⁾

D. Art. 3 Abs. I GG

Die Bestimmungen über die richterliche Ausschließung und Ablehnung dienen letztlich jedoch auch der Verwirklichung des Prinzips der Waffengleichheit der Parteien in Parteiprozessen.²⁾ Beide Parteien sollen mit gleichen Chancen an den Prozeßstart gehen. Durch diese Betrachtungsweise des Problems wird Art. 3 GG ins Spiel gebracht, also der Gleichheitssatz angesprochen. Er stellt ein umfassendes Gebot dar, Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln und die Gesetze ohne Ansehen der Person gleich anzuwenden.³⁾ Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die Differenzierung der Gleichbehandlung nicht finden läßt, wenn die Entscheidung als willkürlich bezeichnet werden muß.⁴⁾

1) vgl. Bettermann, AöR 94, 269, 271

2) Bötticher, S. 19

3) BVerfGE 1, 97, 107

4) BVerfGE 1, 14, 52; 6, 132, 135; 12, 341, 348; 20, 31, 33

Eine solche Verletzung liegt haargenau auch im Fall der Befangenheit eines Richters vor. Geht er nicht unvoreingenommen an einen Fall heran, so behandelt er nicht beide Parteien gleich. Die eine Partei erhält einen Vorzug beim Kampf um ihr Recht, der ihr nach dem Gesetz nicht zusteht.¹⁾ Denn ein Rechtsstreit soll aus rationalen Gründen nach dem Gesetz und nicht nach Sympathie und Antipathie des Richters entschieden werden.

Parteiprozesse machen jedoch nur einen Teil der von den Gerichten durchzuführenden Verfahren aus. Es muß deshalb nach einer Konstellation im Rahmen des Art.3 GG gesucht werden, die nicht nur den bereits behandelten Prozessen, sondern auch den Straf- und fG-Verfahren gerecht wird, also als tragender Grund bei allen Verfahrensarten gelten kann.²⁾ Allgemein liegt die Gleichheitsverletzung nicht darin, daß eine Partei einen ungerechtfertigten Vorteil vor der anderen in demselben Prozeß erhält, vielmehr muß man die Parteien, den Angeklagten oder sonstige Beteiligte im Verhältnis zu anderen Parteien, Angeklagten oder Beteiligten anderer Prozesse sehen, die vor einem unvoreingenommenen Richter stehen. Den ersteren gegenüber sind sie ungerechtfertigt benachteiligt, wenn ihr Fall nicht allein nach objektiven Gesichtspunkten behandelt wird.

1) Das gilt auch dann, wenn eine Partei nur subjektiv Besorgnis der Befangenheit hegt. Sollen die Ablehnungsnormen das Vertrauen in den Richter und die Rechtsprechung sichern, so ist derjenige gegenüber anderen benachteiligt, dem trotz berechtigter subjektiver Bedenken nicht gestattet wird, seinen Fall von einem anderen Richter beurteilen zu lassen.

2) siehe auch den Hinweis bei Kollhosser, S. 78

Da die verfassungsmäßige Grundlage des Ausschließungs- und Ablehnungsrechts nur teilweise in Art. 101 Abs. I S. 2 GG wurzelnd angesehen wurde, stellt sich auch nicht das Problem, ob Art. 3 GG als Generalnorm hinter die Spezialnorm des Art. 101 Abs. I S. 2 GG zurücktreten könnte. Art. 92 und Art. 3 GG stehen in keiner unmittelbaren Beziehung.

E. Ergebnis

Die Ausschluß- und Ablehnungsnormen sind verfassungsmäßig Art. 92 und Art. 3 Abs. I GG zuzuordnen. Sie haben mit Art. 97 GG direkt nichts zu tun. Art. 101 Abs. I S. 2 GG wird nur beim generellen Ausschluß eines Richters oder nach erfolgreichem Ablehnungsantrag relevant.

3. Kapitel

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit

1. Teil Die Ablehnungstatbestände (ausgenommen FGG)

Da bei der Behandlung der Ausschlußgründe immer wieder auf die Ablehnung eingegangen werden muß, soll die Möglichkeit der Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit zuerst behandelt werden.

A. Der Begriff der Befangenheit

Die Ablehnungstatbestände (§ 42 Abs. II ZPO; § 24 Abs. II StPO; § 46 Abs. II ArbGG, § 54 Abs. I VwGO, § 51 Abs. I FGO, § 60 Abs. I SGG i.V. mit § 42

Abs. II. ZPO) haben den Wortlaut: "Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen."¹⁾

Der Begriff Unparteilichkeit ist in diesem Zusammenhang m.E. weit zu verstehen.²⁾ Der Richter soll nicht nur der Partei, sondern auch der Sache neutral gegenüberstehen.³⁾ Durch die Beschränkung auf Unvoreingenommenheit lediglich gegenüber den am Prozeß beteiligten Personen würde ein großer Teil der Befangenheitssituationen gar nicht erfaßt werden können. Daß auch der Gesetzgeber von dem weiten Begriff ausgegangen sein muß, zeigen die §§ 41 Nr. 4, 6 ZPO; 22 Nr. 4; 23 StPO. Diese Ausschlußnormen beziehen sich nicht auf die generelle Befürchtung, daß der Richter der Partei oder dem Angeklagten, sondern der Sache voreingenommen gegenübersteht.⁴⁾

-
- 1) Zwar kann ein Richter auch dann abgelehnt werden, wenn er kraft Gesetzes ausgeschlossen ist (§ 42 Abs. I ZPO; § 24 Abs. I StPO). Diese Situation tritt aber praktisch nur dann ein, wenn er nicht bereits auf dienstlichem Wege aus dem Verfahren ausgeschieden ist. Die Frage, ob der Richter nach Geltendmachung des Ablehnungsantrages ausscheiden muß, richtet sich nach den materiellen Ausschlußtatbeständen.
 - 2) Die Rechtsprechung steht dagegen der Ablehnung wegen Voreingenommenheit in bezug auf den Sachverhalt skeptisch gegenüber; vgl. unten S.80, teilweise a.A. neuerdings LG Würzburg NJW 1973, 1932
 - 3) vgl. Bettermann, AöR 92, 496, 508, 510; Arzt, Strafrichter, S. 86, der allerdings nicht den Begriff der Parteilichkeit weit auslegt, sondern von sachlicher Befangenheit spricht, vgl. dazu auch S.
 - 4) vgl. die Ausführung zu diesen Normen, S. 82, 121, 167, 173

Zunächst erhebt sich daher die Frage, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit man einer Besorgnis der Verfahrensbeteiligten, der Richter sei befangen, stattgeben kann. Diese Voraussetzungen lassen sich nicht tatbestandlich exakt formulieren. Man muß sich bewußt sein, daß es ein absolut objektives Verfahren und Urteil nicht gibt.

Jede Anwendung des Gesetzes stellt bereits den Ausdruck einer bestimmten geistigen Haltung dar. Das richterliche Urteil kann nicht bloß Handhabung einer fertigen Norm sein, sondern ist als Konkretisierung des gesetzten Rechts eine schöpferische Leistung des Richtenden. Eine Entscheidung wird jedesmal von der Persönlichkeit des Richters bestimmt, der durch seine eigenen Anlagen und Fähigkeiten sowie durch Bildung und Umwelt geprägt ist. Individuelle Gefühle, Gewohnheiten und Vorurteile lassen sich auch bei dem Gutwilligsten nicht aus dem Unterbewußtsein vertreiben. Zwar sollte die berufliche Ausbildung, Schulung und Erfahrung mithelfen, solche unbewußte Befangenheit bewußt zu machen, doch läßt sie sich niemals ganz ausschalten. Diese unbewußte Befangenheit kann aber noch keine Ablehnung zur Folge haben, da sie oft nach außen hin gar nicht deutlich wird. Auf der anderen Seite kann man auf jeden Fall dann von einer Besorgnis der Befangenheit sprechen, wenn die innere Abhängigkeit des Richters sich in evident falschen Handlungen widerspiegelt. Zwischen diesen beiden Polen - Befangenheit, die nur innerlich vorhanden ist und solcher, die zu evident falschem Tun führt - liegt eine ganze Skala von Möglichkeiten,

die die Besorgnis der Voreingenommenheit aufkommen läßt. Wann das genau der Fall ist, kann nur individuell auf jeden einzelnen Prozeß bezogen gesagt werden.

Unabweichliche Voraussetzung ist jedoch immer, daß irgendwelche Äußerungen und Handlungen des Richters oder sonstige Umstände nach außen hin von der Prozeßpartei, dem Angeklagten oder sonstigen Beteiligten objektiv erfaßt werden können. Dann kann geprüft werden, ob diese Äußerungen, Handlungen, Umstände - auf den vorliegenden Prozeß bezogen - von den Beteiligten so aufgefaßt werden mußten, daß sie an der mangelnden Objektivität des Richters zweifeln konnten.

Die Absätze II der §§ 42 ZPO, 24 StPO werden daher im ganzen von Rechtsprechung und Literatur¹⁾ folgendermaßen interpretiert:

Maßgebend sei, ob vom Standpunkt der betroffenen Partei oder des Angeklagten aus genügend objektive Gründe vorlägen, die in den Augen eines vernünftigen Menschen geeignet seien, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu erregen. Es ist also nicht erforderlich, daß der Richter tatsächlich befangen ist.

Nicht auf das Vorliegen objektiver Befangenheit kommt es an, sondern darauf, ob vom Standpunkt der Partei oder des Angeklagten Voreingenommenheit befürchtet werden könnte. So sind in zahlreichen Fällen Ablehnungsgesuche für begründet erklärt worden, obwohl den Richtern bestätigt wurde, daß sie nach der Über-

1) Baumbach-Lauterbach, § 42 Anm. 2 b; Stein-Jonas-Pohle, § 42 Anm. II 1; Kleinknecht, § 24 Anm. 2; Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 24 Anm. II

zeugung des über den Antrag entscheidenden Gerichts ihre Fähigkeit zu unparteiischer Abwicklung des Prozesses nicht verloren hatten.¹⁾

Demgegenüber besteht aber die Gefahr, daß durch die Formulierung "Objektive Gründe, die in den Augen eines vernünftigen Menschen geeignet sind" die Wertung nicht mehr vom Standpunkt der Partei oder des Angeklagten aus vorgenommen wird. So stellen Gerichte²⁾ teilweise nicht auf die konkrete Partei des Rechtsstreites ab, die besonderen Stimmungen unterworfen ist, sondern nehmen eine ideale Partei zum Maßstab, die zu vernünftiger, besonnener und sachlicher Wertung der Ereignisse imstande ist. Durch diesen Ausgangspunkt ergibt sich die Gefahr, daß der Befangenheitsbegriff von seinen subjektiven Elementen gelöst wird und die Untersuchung darauf hinzielt, ob der Richter tatsächlich befangen ist. Damit wird aber dem Sinn des Ablehnungsrechts, das Vertrauen der Parteien und des Angeklagten zu dem Richter zu stärken, nicht Rechnung getragen. Es sollte daher bei der Prüfung der Befangenheitsbesorgnis nicht zu sehr von einer "abstrakt" vernünftigen Person ausgegangen werden. Vielmehr darf der erste Teil der Standardinterpretation "vom Standpunkt des Betroffenen aus" nicht außer acht gelassen werden. Mit anderen Worten: Es muß auf den konkret Beteiligten abgestellt und dann untersucht werden, ob von der konkreten Lage, den geistigen Fähigkeiten etc. her diese Person vernünftigerweise die Besorgnis der Voreingenommenheit hegen kann.³⁾

1) statt vieler OLG Köln, NJW 1971, 569/570; vgl. auch Eb. Schmidt, NJW 1959, 55

2) vgl. BGHSt 4, 264, 267; 18, 214 ff.; BGH, I M § 24 StPO Nr. 1; KG, NJW 1963, 451/452

3) So auch Arzt, Strafrichter, S. 24

B. Der Staat als ablehnender Prozeßbeteiligter

Allerdings muß diese von den Gerichten teilweise vorgenommene Objektivierung nicht in jedem Fall dem oben genannten Zweck des Ablehnungsrechts zuwiderlaufen. Der Standpunkt des objektiven Beobachters könnte durchaus als Ausgangspunkt für die Ablehnung eines Richters geeignet sein, wenn in einem Prozeß mit Beteiligung des Staates die Staatsseite die Ablehnung geltend macht. Alle Prozeßordnungen¹⁾ geben allen Beteiligten das Ablehnungsrecht. Diese Regelung ist auf jeden Fall für den Zivilprozeß, in dem sich zwei gleichrangige Prozeßsubjekte gegenüberstehen, sinnvoll. Problematischer wird dies aber dann, wenn in anderen Verfahren der Staat oder die mittelbare Staatsverwaltung in der Form von Körperschaften des öffentlichen Rechts das Gesuch anbringen (z.B. in Verwaltungs- oder Verfassungsverfahren; die Staatsanwaltschaft im Strafverfahren; aber auch die Träger öffentlicher Gewalt in Amtshaftungsprozessen.) Man könnte hier von dem Grundsatz ausgehen, daß die prozessierenden Träger öffentlicher Gewalt gegenüber den Richtern, die als dritte Gewalt auch den Staat repräsentieren, ein größeres Maß an Vertrauen entgegenbringen müßten und ihr Ablehnungsgesuch danach zu entscheiden sei, ob ein Richter objektiv wirklich befangen ist. Diese Betrachtungsweise ist de lege lata noch unmöglich. Die zur Zeit gültigen Normen geben jedem Beteiligten das Recht, wegen Besorgnis der Befangen-

1) Im FGG fehlt zwar noch die Kodifizierung der Ablehnung. Dieses Rechtsinstitut hat mittlerweile aber durch die Entscheidung des BVerfG Eingang in das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gefunden.

heit den Richter abzulehnen, d.h. für sie muß das Verhalten des letzteren den Eindruck der Voreingenommenheit erwecken.

Ob aber de lege ferenda die Ablehnung wegen objektiver Befangenheit in die Prozeßordnungen eingeführt werden soll, begegnet ebenfalls Bedenken. So ist z.B. die gesamte Verwaltungsgerichtsbarkeit auch in der Form von Parteistreitigkeiten aufgebaut; Bürger und Staat stehen sich als zwei gleichberechtigte Kontrahenten gegenüber. Hier würde der Staat schlechter gestellt, wenn sein Ablehnungsgesuch an die Feststellung einer schwer feststellbaren materiellen Voraussetzung geknüpft wäre.

Eine Gesetzesänderung ist aber abgesehen davon auch dann nicht nötig, wenn man die Fälle, in denen ein Träger öffentlicher Gewalt ein Ablehnungsgesuch anbringt, in anderer Weise lösen kann. Die Rechtsprechung, das Schrifttum und der Gesetzgeber¹⁾ haben immer wieder betont, jeder Beteiligte könne davon ausgehen, daß alle Richter auf Grund ihrer Berufserfahrung und Selbstdisziplin jedem Fall grundsätzlich unvoreingenommen und objektiv gegenüberstünden und ihn gerecht entscheiden würden. Das Umdenken und das Sicheinstellen auf neue Situationen innerhalb des Prozesses und die Zurückhaltung gegenüber persönlichen Sympathien macht ein Spezifikum des Richterberufes aus. Mit der gewissenhaften Erfüllung dieser Pflicht könnten die Beteiligten rechnen.²⁾

1) RGSt 59, 409/410; Dahn, NJW 1966, 1691/1695; BT-Drucks., 4. Wahlperiode, IV/178 S. 18

2) RGSt, a.a.O.

Ob die bürgerliche Partei oder der Angeklagte von dieser Annahme vollständig überzeugt sind, mag dahinstehen. Der durch die Staatsanwaltschaft oder besondere Träger öffentlicher Gewalt repräsentierte Staat wird aber kaum anders können als von diesen Grundsätzen auszugehen, will er nicht seine eigenen Bediensteten desavouieren. Bei dem Ablehnungsgesuch, das er vorbringt, kann das Merkmal der Besorgnis demnach enger gefaßt und dürfen größere Anforderungen an die Zugkräftigkeit der Gründe gestellt werden.

Dogmatisch kann man dabei das Problem ganz einfach über die Interpretation der Standardformel "objektive Zweifel, die in den Augen eines vernünftigen Beteiligten.." lösen. An die Vernunft eines Beteiligten, der Träger öffentlicher Gewalt ist, sind höhere Anforderungen zu stellen.¹⁾

C. Das Problem der Befangenheit kraft Gesetzes

Im Vorausblick auf die künftigen Erörterungen ergibt sich bei der Behandlung der Ablehnung wegen Befangenheit noch ein weiteres Problem. In einigen Fällen - hauptsächlich beim Sachverhalt der Vorbefassung mit einer Rechtssache - wird ein Richter beim Vorliegen von bestimmten generellen Tatbeständen immer als befangen angesehen werden müssen und daher abgelehnt werden können, ohne daß noch besondere Umstände in seiner Person oder in dem zu entscheidenden Fall, die auf eine Befangenheit schließen ließen, hinzukommen müßten.²⁾

1) Siehe dazu jetzt auch BVerfG, NJW 1973, 1267

2) vgl. unten S. 105 ff., 135 ff.

Ein solcher Ablehnungsgrund, der die Tatbestände der Ausschließung des Richters ergänzt, führt zu einem abstrakten Ablehnungsgrund und unterscheidet sich nicht mehr viel von einem Ausschlußgrund. Die Rechtsprechung¹⁾ - mit Ausnahme des Bundesverfassungsgerichts - hat sich gegenüber solchen Ablehnungsgründen, die bei bestimmten generellen Tatbeständen vorliegen können, ohne daß noch besondere Umstände in der Person des Richters oder dem zu entscheidenden Fall hinzukommen, ablehnend verhalten. Die Zulassung von solchen abstrakten Ablehnungsgründen würde auf die Annahme einer "Befangenheit kraft Gesetzes" oder einer gesetzlichen Vermutung der Befangenheit und damit auf eine unzulässige Analogie von Ausschlußnormen hinauslaufen.²⁾ Die normierten Ausschlußgründe seien aber schon Ausnahmen von der Regel, daß grundsätzlich von der Unvoreingenommenheit eines Richters ausgegangen werden könne.³⁾

Dieser Ansicht der Rechtsprechung, daß nämlich die Möglichkeit einer Ablehnung bei Vorliegen von bestimmten generellen Tatbeständen auf eine unzulässige Analogie von Ausschlußnormen hinauslaufe, kann nicht gefolgt werden. Denn in solchen Fällen handelt es sich um Lebenssachverhalte, die für sich genommen die Besorgnis der Befangenheit so verständlich erscheinen lassen, daß vom Ablehnungsberechtigten nicht verlangt werden muß, zusätzlich anhand besonderer Ereignisse die Besorgnis der Befangenheit zu belegen. Mit dem Anerkenntnis der Besorgnis der Befangenheit

1) z.B. BGH, NJW 1967, 62, 63; OLG Celle, NJW 1966, 168, 169

2) BGH, NJW 1967, 62, 63; OLG Celle, NJW 1966, 168, 169

3) RGSt 60, 322, 324; 62, 299, 302; BGHSt 9, 233, 235; RGZ 148, 199/200; BGH, NJW 1960, 1762/1763; OVG Lüneburg, OVG 22, 375, 376
vgl. Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, DRiZ 1963, 115

ist hier nicht mehr gesagt, als daß eine bestimmte Situation generell geeignet sein kann, die Annahme der Befangenheit zu begründen, wie das z.B. bei entfernter Verwandtschaft, Freundschaft oder Feindschaft gegenüber einer Partei oder einem Angeklagten oder auch bei der früheren Tätigkeit in einer bestimmten Dienstposition der Fall ist.

Die Anerkennung von Situationen, in denen eine Überprüfung immer zur Feststellung führen muß, daß Befangenheit zu besorgen ist, läßt sich indirekt auch aus Entscheidungen des BVerfG entnehmen.¹⁾ Wenn der Gesetzgeber nicht unbedingt die Unbeteiligtheit des Richters durch Ausschluß sicherzustellen hat - wie das BVerfG annimmt -²⁾, sondern auch das Ablehnungsverfahren wählen darf, so ergibt sich daraus von Verfassungs wegen die Zulässigkeit der Geltendmachung abstrakter Ablehnungsgründe, weil Fallgruppen vorliegen können, die nicht im Gesetz aufgeführt sind, bei denen man aber an der Neutralität und Distanz des Richters genauso zweifeln muß.³⁾

Darüberhinaus sind abstrakte Befangenheitsgründe den Prozeßordnungen nicht fremd. So hat der Gesetzgeber selber abstrakte Befangenheitsgründe normiert. Gemäß § 54 Abs. III VwGO ist die Besorgnis der Befangenheit stets dann gegeben, wenn der Richter der Vertretung einer Körperschaft angehört, deren Interessendurch das Verfahren berührt werden. Das gleiche gilt für das Sozialgerichtsverfahren gemäß § 60 Abs. III SGG, wenn der Richter dem Vorstand einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen

1) BVerfG, NJW 1971, 1029, 1030, 1033

2) BVerfG, a.a.O.

3) Arzt, NJW 1971, 1112, 1114

Rechts angehört. Dieselbe Regelung wie die VwGO trifft auch die FGO in § 51 Abs. III.

Der Gesetzgeber ist auch nicht gehalten, außer den schon normierten Ausschlußfällen weitere Situationen, in denen man grundsätzlich von der Befangenheit eines Richters ausgehen kann, in die Ausschlußregelungen der Prozeßordnungen einzubeziehen. Dem verfassungsrechtlichen Gebot, die Neutralität und Distanz des Richters zu sichern, kann dadurch Rechnung getragen werden, daß der Gesetzgeber statt des Ausschlusses kraft Gesetzes das Ablehnungsverfahren vorsieht, in dem die Unparteilichkeit des Richters im Einzelfall einer Nachprüfung unterliegt.¹⁾

Besser als ein neu normierter Ausschlußgrund trägt auch die Möglichkeit der Ablehnung dem Grundsatz der Prozeßökonomie Rechnung, da die Ablehnung von den Beteiligten geltend gemacht werden muß, der ausgeschlossene Richter aber ohne weiteres aus dem Verfahren auszuscheiden hat. Ein Ausscheiden des Richters kann so auf die Fälle beschränkt werden, in denen es tatsächlich notwendig ist. So wird in Prozessen mit Staatsbeteiligung die Staatsseite oft von der Ablehnung absehen, weil sie objektiv die Befangenheit des Richters verneint.²⁾ Auch im normalen Zivil- oder Strafprozeß kann die Ablehnung unterbleiben, sei es, daß die Parteien oder der Angeklagte kein Mißtrauen hegen, sie es, daß der Rechtsbeistand auf den Mandanten einwirkt oder nur noch Nebensächlichkeiten des Prozesses zu verhandeln sind.³⁾

1) so BVerfG, NJW 1971, 1029, 1030

2) vgl. Dahs, NJW 1966, 1691, 1696

3) Dahs, NJW 1966, 1691, 1696; Arzt, Strafrichter S. 66/67

2. Teil Das Verfahren nach dem FGG

Nach § 6 Abs. II S. 2 FGG soll es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit geben. Dieser Ausschluß der Richterablehnung ist jedoch mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Nachdem der BGH bereits in streitigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine analoge Anwendung der §§ 42 ff. ZPO zugelassen hatte,¹⁾ hat das BVerfG²⁾ den § 6 Abs. II S. 2 FGG für nichtig erklärt. Zwar kann sich gemäß § 6 Abs. II S. 1 FGG ein Richter selbst ablehnen, also sich der Ausübung seines Amtes wegen Befangenheit enthalten. Diese Möglichkeit bietet aber keinerlei Gewähr dafür, daß der Richter auch wirklich von sich aus ausscheidet und die Parteien den rechtsstaatlich geforderten unparteiischen Dritten erhalten. Die Regelung des § 6 FGG ist daher im Hinblick auf das Verfassungsgebot der Unparteilichkeit dahin zu ergänzen, daß auch eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit zulässig ist.

3. Teil Einzelne, nicht gesetzlich geregelte Ablehnungsgründe

A. Allgemeine Beispiele

Die Gründe, die zur Ablehnung führen können, lassen sich grob umrissen in folgende Gruppen einteilen:³⁾

1. persönliche Beziehungen oder vorgefaßte Einstellungen des Richters zu einem Prozeßbeteiligten oder zum Bevollmächtigten eines Beteiligten
2. vorgefaßte Meinung des Richters in bezug auf den zu entscheidenden Fall
3. eigene Interessen des Richters am Ausgang des Verfahrens

1) BGHZ 46, 195 ff.

2) BVerfGE 21, 139 ff.

3) aufgeführt nach Teplitzky, JuS 1969, 319 ff.

4. unkorrektes Verhalten des Richters gegenüber
einem Beteiligten oder einem Bevollmächtigten.

Dazu einige Beispiele:

1. Richterliche Befangenheit ist in der Regel bei verwandtschaftlichen oder schwägerschaftlichen Beziehungen anzuerkennen, soweit diese nicht bereits durch §§ 22 Nr. 3 StPO, 41 Nr. 3 ZPO als Ausschließungsgründe erfaßt werden, ebenso bei Verlöbnis oder früherem Verlöbnis.¹⁾ Ablehnungsgründe sind weiter Freundschaft oder Feindschaft eines Richters zu einem Prozeßbeteiligten.²⁾ Statt Freundschaft sollen auch gute nachbarliche Verhältnisse genügen,³⁾ ohne daß es darauf ankäme, ob sie noch andauern oder bereits einige Zeit zurückliegen; eventuell auch persönliche Beziehungen, die aus Miet- oder Dienstverhältnissen etc. resultieren, sowie nahe gesellschaftliche Kontakte, wie gegenseitige Besuche oder häufigeres Zusammensein bei gemeinsamen Freunden oder irgendwelchen Veranstaltungen.⁴⁾ Als Ablehnungsgrund kommt weiter die materielle oder moralische Abhängigkeit des Richters von einem Beteiligten in Betracht. So wird ein Richter, der gegenüber einem Prozeßbeteiligten verschuldet oder ihm zu besonderer Dankbarkeit verpflichtet ist, kaum mit der notwendigen Unbefangenheit urteilen können. Das Verhältnis des Richters zu einem Prozeßbevollmächtigten wirkt sich, da es nur mittelbare und somit schwächere und leichter zu bewältigende Auswirkungen auf die Einstellung des Richters zu einem Beteiligten zeitigen kann, lediglich in engen Grenzen aus, z.B. dann, wenn es verwandtschaftlicher oder besonders freundschaftlicher Art ist.⁵⁾

1) RGSt 31, 142/143

2) Teplitzky, JuS 1969, 319 ff.

3) BGH, NJW 1957, 387

4) Stein-Jonas-Pohle, § 42 Anm. II 2

5) Teplitzky, JuS 1969, 319 ff.;

Stein-Jonas-Pohle, § 42 Anm. II 2

2. Der Richter hat seine Entscheidung allein aufgrund des Gesamtergebnisses der Verhandlung zu treffen.¹⁾

Vorurteile über den Verfahrensausgang oder zu frühe Meinungsbildung können ihn daran hindern. So ist beispielsweise Befangenheit angenommen worden, als ein Richter bereits vor seiner dienstlichen Befassung mit der Sache geäußert hatte, wie er urteilen werden.²⁾ Weiterhin hat der BGH³⁾ einen Richter für befangen erklärt, der im Haftprüfungstermin den Angeklagten bereits als Typ des Gewohnheitsverbrechers bezeichnet hatte.

3. Eigene wirtschaftliche Interessen des Richters am Verfahrensausgang rechtfertigen in der Regel, Mißtrauen gegen seine Unvoreingenommenheit zu hegen. Ein Richter, dem als Mieter durch den Verkauf eines Hauses die Kündigung eines günstigen Vertrages droht, sollte nicht über die Wirksamkeit des Kaufgeschäftes entscheiden. Je nach Sachlage fällt unter diese Gruppe auch der Fall, daß der Richter in irgendeiner Weise zu einer Gesellschaft oder einem Verein in Beziehung steht, sein Verhältnis zu diesen Institutionen aber noch nicht so eng ist, daß ein Ausschlußgrund eingreift.

4. Mißtrauen gegen die Unvoreingenommenheit kann sich schließlich auch aus Verhaltensweisen eines Richters ergeben, von denen nicht ohne weiteres erkennbar ist, ob sie aus der persönlichen Einstellung zu Verfahrensbeteiligten oder aus Voreingenommenheit in der Sache herrühren. Dazu gehören in erster Linie einseitige Bevorzugungen oder Benachteiligungen eines Prozeßbeteiligten, etwa die Durchführung einer Ortsbesichtigung in Anwesenheit nur einer Partei,⁴⁾ einseitige Rücksichtnahme auf eine Partei, Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

1) z.B. § 261 StPO

2) RGSt 61, 67, 69

3) BGH, LM § 24 StPO Nr. 4

4) LG Berlin, MDR 1952, 558

Dies sind nur eine kleine Anzahl von Befangenheitsgründen. Sie sind im übrigen so mannigfach und vom Einzelfall abhängig, daß eine geschlossene Aufzählung nicht erreicht werden kann. Bis auf wenige Ausnahmen sind sie aber auch so beschaffen, daß in jeder Verfahrensordnung bei Vorliegen solcher oder ähnlicher Gründe der Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann. Wenn ein Richter persönliche Beziehungen zu einem Prozeßbeteiligten, vorgefaßte Meinungen in bezug auf den zu entscheidenden Fall, eigene Interessen am Ausgang des Verfahrens hat oder sich eines unkorrekten Verhaltens gegenüber einem Beteiligten schuldig macht, so ist das für alle Prozeßordnungen gleichermaßen relevant.

B. Weltanschauliche Gegensätze zwischen Richter und Beteiligten¹⁾

Unterschiede zwischen den einzelnen Verfahrensordnungen, aber auch zwischen verschiedenen Prozeßarten innerhalb einer Prozeßordnung selbst, können sich ergeben, wenn die Ablehnung aus weltanschaulichen, insbesondere politischen Gründen erfolgt. Die Vorentwürfe zum Richtergesetz hatten die parteipolitische Tätigkeit verboten, weil darin eine Gefährdung des Vertrauens in seine Unabhängigkeit liege, und eine über § 4 DRiG hinausgehende Inkompatibilität zwischen den Ämtern des Richters und des Gemeinderats gefordert.²⁾ § 39 DRiG hat dann folgende Formulierung gewählt: "Der Richter hat sich innerhalb und außerhalb seines Amtes auch bei politischer Betätigung so zu verhalten, daß das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird." Durch diese Regelung wird die Gefahr möglicher Konflikte jedoch nicht gebannt. Während in den ersten Nachkriegsjahren die Literatur³⁾

1) Die Besonderheiten im Verfahren vor dem BVerfG werden unten S. 67 ff.

2) Hanack in Festgabe für Herrfardt, S. 127 ff.

3) Rosenberg, JZ 1951, 214

und der BGH¹⁾ die politische Gegnerschaft des Richters zu einer Partei und die Verbundenheit mit einer bestimmten politischen Richtung grundsätzlich als Ablehnungsgrund anerkannten, herrscht heute²⁾ wieder die bereits vor dem Kriege vertretene Auffassung vor, daß die Zugehörigkeit des Richters zu einer politischen Partei, einer Konfession oder bestimmten Weltanschauung nicht zur Ablehnung berechtige.

Dieser Ansicht ist insoweit voll zuzustimmen, als es sich um einen normalen Zivil-, Straf- oder Verwaltungsprozeß ohne politischen Einschlag handelt und der Richter nicht exponierter Vertreter einer Partei oder besonders aktiv in deren Organisation tätig ist. Denn bei der Prüfung der Fragen, ob dem Kläger ein Kaufpreisanspruch zusteht, der Angeklagte sich wegen Einbruchs oder Betruges strafbar gemacht hat die Verwaltungsbehörde verpflichtet ist, einen Führerschein auszustellen, hat die politische Einstellung keine Bedeutung. Anders ist das aber, wenn politische Fragen eine maßgebliche Rolle im Prozeß spielen und der Richter stark in einer Richtung engagiert ist oder war; so z.B. in Strafverfahren bei Staatsschutzdelikten, NS-Sachen, bei Verwaltungsverfahren wegen Demonstrationen mit politischem Hintergrund oder bei sich daran anschließenden zivilrechtlichen Schadensersatzklagen. In diesen Fällen ließe sich eine Ablehnung rechtfertigen.³⁾

Würde dagegen derselbe Richter einen Dieb abzuurteilen oder einen Kaufpreisanspruch zu prüfen haben, so könnte man ihn nicht für befangen erklären. Des weiteren muß eine Ablehnungsmöglichkeit in Verfahren mit politischem Einschlag dann gegeben sein, wenn die Partei, der der Richter angehört, sich durch

1) BGH, NJW 1952, 972

2) BVerfG, MDR 1961, 26; Kleinknecht, § 24 Anm. 2a

3) so bereits Teplitzky, NJW 1962, 2044/45 m.w.N.

extreme, den normalen Anschauungen besonders zuwiderlaufenden Ansichten auszeichnet, wie das bei Parteien auf dem äußersten rechten oder linken Flügel vorkommen kann.¹⁾ Ist die Gegnerschaft zwischen Richter und Verfahrensbeteiligten speziell ausgeprägt (z.B. bei prominenten Angehörigen zweier verschiedener Richtungen), so läßt sich dieser Tatbestand bereits unter die Befangenheit wegen persönlicher Beziehungen subsumieren.

C. Die richterliche Aufklärungspflicht

Eine unterschiedliche Behandlung von Ablehnungsgründen könnte sich im Hinblick auf die richterliche Aufklärungspflicht ergeben. Eine solche Vermutung drängt sich zunächst deshalb auf, weil die ZPO vom Prinzip der Verhandlungsmaxime, die VwGO und die anderen verwaltungsrechtlichen Verfahrensordnungen vom Untersuchungsgrundsatz ausgehen. Nach § 86 VwGO (ebenso § 106 SGG; §§ 76, 79 FGO) hat der Vorsitzende darauf hinzuwirken, daß Formfehler beseitigt, unklare Anträge erläutert, sachdienliche Anträge gestellt und ungenügende Angaben ergänzt werden. Diese Bestimmung ist aber keine Besonderheit des Verwaltungsprozesses, insbesondere nicht unbedingt Ausfluß des Untersuchungsgrundsatzes, sondern die gesetzliche Fixierung einer in jedem Verfahren geltenden Rechtspflicht des Gerichts.²⁾ So ist denn auch schon längere Zeit vor Schaffung der VwGO durch § 139 ZPO in den modernen Zivilprozeß eine Aufklärungspflicht des Gerichts eingeführt worden, die weitgehend mit den Aufklärungspflichten des Gerichts im Verwaltungsprozeß identisch ist. Auch § 139 ZPO fordert vom Richter die tatsächliche und rechtliche

1) vgl. S. 57, Fn. 3

2) so h.M., Redeker-von Oertzen, § 86 Anm. 16; Kollhosser, S. 115 ff. mit weiteren Nachweisen; anderer Ansicht Baur, Rechtsschutz im Sozialrecht, S. 35, 38; auch Grunsky, § 19 IV

Erörterung des Streitstoffes mit den Parteien, den Hinweis auf fehlende Schlüssigkeit, auf Lücken und Unstimmigkeiten im Sachvortrag und die genaue Bestimmung des Streitgegenstandes wie die Belehrung über die Stellung von sachdienlichen Anträgen oder die Klageänderung.¹⁾ Daraus ergibt sich, daß hinsichtlich der Aufklärungspflicht zwischen den einzelnen Verfahren keine essentiellen Unterschiede mehr bestehen und sich daraus keine besonderen Probleme im Ablehnungsrecht ergeben. Unterschiede tauchen nur noch in der Reichweite der Aufklärungspflicht auf. So dürfen z.B. im Verwaltungsprozeß Zeugen vernommen werden, auf die sich kein Beteiligter berufen hat. Ebenso können neue Tatsachen von Amts wegen ermittelt werden (§ 86 VwGO), während dies im Zivilprozeß nicht möglich ist.

Auch die Tatsache, daß im Verfahren vor bestimmten Gerichten die Parteien durch Anwälte vertreten sein müssen, hat keine weiteren Auswirkungen. Als Folge daraus ergibt sich nur, daß der Richter hier seiner Pflicht zur Aufklärung nicht unbedingt ganz so intensiv nachzukommen braucht, nicht aber, daß ihm untersagt ist, die anwaltlich vertretene Partei zur Sachaufklärung etc. aufzufordern.²⁾

Problematisch ist daher nur innerhalb eines Verfahrens selbst, wann die gesetzlich vorgeschriebene Aufklärungspflicht überschritten ist. Überschreitet der Richter nämlich diese Pflicht, so begünstigt er

1) Baumbach-Lauterbach, § 139 Anm. 2 A, C; Stein-Jonas-Pohle, § 139 Anm. II; Rosenberg-Schwab, § 78 II 3

2) Baumbach-Lauterbach, § 139 Anm. 2; Stein-Jonas-Pohle, § 139 Anm. III

die eine Partei und setzt sich der anderen gegenüber dem Verdacht der Parteilichkeit aus. Die Grenzen der Aufklärungspflicht sind dogmatisch bisher jedoch noch nicht eindeutig festgelegt und auch nicht scharf zu ziehen, sondern müssen von Fall zu Fall festgestellt werden.¹⁾ Es ist der Erfahrung des Richters überlassen, wie weit er gehen will. Er muß nur darauf bedacht sein, beiden Seiten helfend zur Seite zu stehen und den Eindruck zu vermeiden, als ob er eine Partei einseitig unterstütze. Das wäre z.B. dann der Fall, wenn er einer Partei eine günstige tatsächliche Begründung ihres Anspruchs vorschläge²⁾ oder von sich aus andere Anträge herbeiführte.³⁾ Dies gilt auch für den Verwaltungsprozeß.⁴⁾

4. Teil Besondere, gesetzlich geregelte Ablehnungsgründe

A. § 51 Abs. I FGO

Die Finanzgerichtsordnung enthält im Gegensatz zu den anderen Prozeßordnungen einen besonderen, konkret formulierten Ablehnungsgrund. Gemäß § 51 Abs. I FGO i.V. mit § 70 Abs. I AO kann ein Richter dann ohne weiteres abgelehnt werden, wenn er ein gleiches oder ähnliches Geschäft wie die zur Steuerzahlung herangezogene Partei betreibt oder bei einer Gesellschaft der gleichen Branche beteiligt oder angestellt ist und die Partei im Prozeß notwendigerweise bei der Darlegung ihrer Erwerbs- und Vermögensverhältnisse ein Geschäfts- oder Betriebsgeheim-

1) Lent-Jauernig, § 25 III

2) RGZ 109, 69/70

3) RGZ 106, 115, 119

4) Eyermann-Fröhler, § 86 Rdn. 24, 26

nis preisgeben müßte. Diese Regelung hat praktisch nur Bedeutung für die ehrenamtlichen Finanzrichter.¹⁾ Berufsrichter können nur selten direkt davon betroffen sein. Durch das Landesbeamtengesetz und die Nebentätigkeitsverordnung²⁾ ist zur Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit oder eines Aufsichtsratsmandats die Genehmigung der obersten Dienstbehörde erforderlich (§ 68 LBG NW). Diese wird für eine größere und umfangreichere Tätigkeit kaum erteilt werden. Sollte es jedoch der Fall sein, so muß natürlich auch der Berufsrichter abgelehnt werden können.

Kühn-Kutter³⁾ wollen über den Wortlaut hinaus auch dann ein Ablehnungsrecht gewähren, wenn die oben dargestellten Voraussetzungen in der Person von Angehörigen des Berufsrichters vorliegen, sie also ein ähnliches Geschäft wie der Steuerpflichtige betreiben. Diese Auslegung geht m.E. zu weit. Mit der gleichen Berechtigung müßten dann auch Richter abgelehnt werden können, wenn die Voraussetzungen bei Verlobten, Freunden oder Bekannten vorlägen. Hier ist die mögliche Gefahr der Weiterverbreitung von Geschäftsgeheimnissen durch den Richter fast genau so groß wie bei Verwandten. Gegen eine solche Ausdehnung des Ablehnungsrechts spricht aber auch entschieden die Tatsache, daß man den Richter dann von vornherein der Nichtbeachtung des Beratungsgeheimnisses beschuldigen würde.

1) Ziemer-Birkholz, § 51 Rdn. 31

2) Verordnung über die Nebentätigkeit von Beamten und Richtern im Lande Nordrhein-Westfalen vom 9. Mai 1967, GV NW S. 64; in anderen Bundesländern gelten entsprechende Verordnungen.

3) Kühn-Kutter, § 51 FGO Anm. 3

B. Übernahme von § 51 Abs. I FGO in andere Ver-
fahrensordnungen

Der in § 51 Abs. I FGO i.V. mit § 70 Abs. I AO aufgeführte konkrete Ablehnungsgrund könnte auch in andere Verfahrensordnungen aufgenommen werden; zunächst einmal in die Verwaltungsgerichtsordnung. Denn auch die allgemeinen Verwaltungsgerichte haben Verfahren mit steuerlicher Grundlage zu bearbeiten. Insbesondere der Komplex der Gemeindesteuern gehört vor die Verwaltungsgerichte.

Darüber hinaus kann dieser konkrete Ablehnungsgrund in alle Verfahrensordnungen einbezogen werden. Speziell in den Prozessen vor der Kammer für Handels-sachen oder bei Finanzstrafsachen kann durch die Bekanntgabe eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses Schaden für einen Beteiligten entstehen. Es darf nicht Sinn eines Gerichtsverfahrens sein, den Parteien oder den Angeklagten zu ihrem Recht zu verhelfen, andererseits ihnen aber gleichzeitig durch die Mitwirkung eines bestimmten Richters einen Schaden zuzufügen. Voraussetzung für eine Ablehnung muß aber immer sein, daß der Richter in der gleichen Branche als Konkurrent tätig ist und der Beteiligte, um den Prozeß erfolgreich zu bestehen, Geschäftsgeheimnisse preiszugeben oder wichtige Unterlagen vorzulegen hat. Die Vorschrift würde ihren Zweck verfehlen, wenn durch sie die Mitwirkung jedes Konkurrenten des Beteiligten am Verfahren generell ausgeschlossen werden könnte.¹⁾ Die in den zuletzt angesprochenen Verfahrensordnungen schon vorhandenen

1) So auch Ziemer-Birkholz, § 51 Rdn. 31

Ablehnungsrechte reichen zur Zeit nicht aus, um den erörterten Sachverhalt zu erfassen. Bei der dortigen gesetzlichen Regelung handelt es sich nämlich um Besorgnis der Befangenheit, die geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit zu rechtfertigen (§ 24 Abs. II StPO; § 42 Abs. II ZPO; § 54 Abs. I VwGO, § 60 Abs. I SGG i. V. mit § 42 Abs. II ZPO). Bei diesem Sachverhalt kann aber von mangelnder Unparteilichkeit keine Rede sein, vielmehr soll der Richter durch seine richterliche Tätigkeit keinen Vorteil wirtschaftlicher Art gegenüber Konkurrenten erhalten. Ebenso sollen die Verfahrensbeteiligten nicht dadurch wirtschaftlich benachteiligt werden, daß sie, um zu obsiegen, in einem Prozeß Betriebsgeheimnisse offenbaren müssen, die ein Konkurrent für sich ausnutzen kann. Auf diese Weise könnte ein Prozeßsieg rein wirtschaftlich gesehen eine Niederlage bedeuten.

C. Ablehnung von Richtern, die Mitglieder der Vertretung von öffentlich-rechtlichen Körperschaften sind

Die drei verwaltungsrechtlichen Verfahrensordnungen kennen außerdem noch einen gemeinsamen, konkreten Ablehnungsgrund, der in seinem Grundgedanken in allen drei Prozeßordnungen (§ 54 Abs. III VwGO; § 60 Abs. III SGG; § 51 Abs. III FGO) vorhanden, jedoch mit geringen Abweichungen konzipiert ist.

I. § 54 Abs. III VwGO

Nach dieser Norm kann der Richter oder ehrenamtliche Richter abgelehnt werden, der der Vertretung einer Körperschaft angehört, deren Interessen durch das Verfahren berührt werden. Damit sind im Grunde nur Mitglieder von Parlamenten der Selbstverwaltungskörperschaften angesprochen, z.B. der Gemeinden, Kreise, Landschaftsversammlungen. Denn nach § 22 VwGO können Mitglieder des Bundes- oder Landtags kraft Gesetzes keine Verwaltungsrichter sein. Dagegen werden Berufsrichter, die dem Landtag oder Bundestag angehören unter diese Regelung fallen, wenn sie nicht schon wegen landesrechtlicher Inkompatibilitätsvorschriften in den Ruhestand treten.¹⁾

Durch das Abstellen auf das Interesse der Körperschaft wird die Ablehnungsmöglichkeit gegenüber der Grundvorschrift des § 42 Abs. II ZPO ausgedehnt. Die Gemeinde etc. braucht nicht selbst an einem Rechtsstreit beteiligt zu sein, es genügt, daß z.B. ein Musterprozeß einer anderen Gemeinde auch Auswirkungen auf sie hat.²⁾

II. § 60 Abs. III SGG

In dem SGG (§ 60 Abs. III) gilt die Befangenheitsvermutung stets dann als begründet, wenn der Richter dem Vorstand einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts angehört, deren Interessen durch das Verfahren unmittelbar berührt werden. Im Gegensatz zur VwGO wird hier nur auf die Mitglied-

1) Eyermann-Fröhler, § 54 Rdn. 11

2) so auch Redeker-von Oertzen, § 54 Rdn. 11

schaft zum Vorstand abgestellt, allerdings sowohl einer Körperschaft als auch einer Anstalt, die ausdrücklich dem öffentlichen Recht angehören müssen. Die Mitgliedschaft bei der Vertreterversammlung reiche nicht aus, weil sonst angeblich der Personenkreis für die Auswahl der ehrenamtlichen Richter zu klein wäre.¹⁾ Die Hinzunahme der Anstalt wirkt sich dagegen gegenüber der VwGO nicht aus, weil man dort den Begriff Körperschaft weit auslegt, so daß er den Begriff Anstalt mit umschließt.²⁾

Enger als in der VwGO ist der Begriff der berührten Interessen gezogen. Diese müssen unmittelbar tangiert sein. So fällt z.B. ein Musterprozeß einer anderen gleichartigen Körperschaft nicht darunter. Hier können zwar die Interessen einer gleichartigen Körperschaft berührt, aber nicht unmittelbar tangiert werden. Der Ausgang des Verfahrens hat auf die nicht beteiligte Körperschaft nur indirekte Wirkung. Das ist aber gegenüber den beiden anderen verwaltungsrechtlichen Verfahrensordnungen ein Nachteil, weil solche ehrenamtlichen Richter, die zugleich Vorstandsmitglieder einer Körperschaft sind, nicht als unbefangen angesehen werden können, wenn eine gleichartige Körperschaft einen Prozeß führt und deren Niederlage oder Obsiegen sich in Zukunft auch auf die von ihnen geleitete juristische Person auswirkt.

1) Peters-Sautter-Wolff, § 60 Anm. 3

2) vgl. Koehler, § 54 Anm. III 2

III. § 51 Abs. III FGO

Die Regelung in der FGO (§ 51 Abs. III) entspricht der der VwGO mit der Ausnahme, daß nicht nur eine gegenwärtige Mitgliedschaft bei der Vertretung einer Körperschaft, sondern auch eine abgelaufene zur Ablehnung berechtigt. Natürlich ist zuzugeben, daß auch nach Ablauf einer Mitgliedschaft in der Person des Richters ein Interessenwiderstreit entstehen kann. Dafür aber eine lebenslängliche gesetzliche Vermutung aufzustellen, geht zu weit. Eine solche Regelung ist auch gar nicht notwendig, da jedem Verfahrensbeteiligten über § 51 Abs. I FGO das allgemeine Recht des § 42 Abs. II ZPO zusteht, durch den die normalen Fälle der Voreingenommenheit beseitigt werden können.¹⁾

Teilweise wird § 51 Abs. III FGO dahin interpretiert, daß mit der Vertretung einer Körperschaft auch der Vorstand einer AG, einer GmbH etc., also einer privatrechtlichen Organisation gemeint sei.²⁾ Diese Auffassung ist aber abzulehnen. Die Vorstände sind als gesetzliche Vertreter schon durch § 51 Abs. I FGO i.V. mit § 41 Nr. 4 ZPO kraft Gesetzes ausgeschlossen. Sollte ein ehrenamtlicher Finanzrichter einem Vorstand einer AG etc. angehören, ohne vertretungsberechtigt zu sein,³⁾ so steht immer noch § 51 Abs. I FGO i.V. mit § 42 Abs. II ZPO zur Verfügung. Auch ein Vergleich mit dem SGG und der VwGO ergibt, daß der Gesetzgeber von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ausgegangen ist.

1) vgl. Speyerer Entwurf, Einzelbegründung zu § 71

2) Ziemer-Birkholz, § 51 Rdn. 30

3) § 78 AktG sieht z.B. vor, daß Vorstandsmitglieder von der Vertretung ausgeschlossen sein können.

Das ist in dem SGG ausdrücklich angesprochen (§ 60 Abs. III SGG). Der Gesetzgeber hat die FGO bewußt an die zeitlich vorher ergangenen Verwaltungsprozeßordnungen angelehnt.¹⁾

IV. Vereinheitlichung der drei Vorschriften

Die drei Vorschriften in der VwGO, FGO und dem SGG können dadurch auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden, daß in den Wortlaut der VwGO und FGO auch die Mitglieder der Vertretung einer Anstalt aufgenommen, in dem SGG das Wort "unmittelbar" und in der FGO die Wörter "angehört hat" gestrichen werden.²⁾

5. Teil Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern

Die Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern ist in § 19 BVerfGG geregelt. § 19 knüpfe an den im deutschen Prozeßrecht seit jeher feststehenden Begriff der Besorgnis der Befangenheit an. Danach finde wegen Besorgnis der Befangenheit die Ablehnung statt (z.B. § 24 Abs. II StFO, § 42 Abs. II ZPO), wenn ein Grund vorliege, der geeignet sei, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen. Diese Auslegung gibt das BVerfG³⁾ selbst dem § 19 Abs. I BVerfGG. Das Gericht mußte eine Entscheidung über den Begriff der Befangenheit fällen, weil § 19 dem Wortlaut nach nur das Verfahren der Ablehnung regelt, nicht aber zum Ausdruck bringt, wann eine solche Besorgnis begründet ist.

1) Ziemer-Birkholz, Einl. Rdn. 33

2) siehe dazu Speyerer Entwurf, § 71

3) BVerfGE 20, 1, 5; 20, 9, 14; Leibholz-Rupprecht, § 19 Anm. 4

Es könnte sich aus ihr herauslesen lassen, daß § 19 BVerfGG grundsätzlich in allen Verfahrensarten vor dem BVerfG anwendbar sein soll.¹⁾ Dies ginge zu weit.

Die Rechtsprechung des BVerfG ist in erster Linie Verfassungsauslegung und als solche stets Normierung und Gestaltung des Gemeinschaftslebens und nicht Entscheidung eines Einzelfalles.²⁾ Die Richterab-
lehnung setzt aber Verfahren voraus, in denen in erster Linie über die Rechte der Prozeßbeteiligten und deren Interessen entschieden wird. Das Recht zur Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit ist in allen Prozeßordnungen an den formellen Status der Verfahrensbeteiligung geknüpft. Der Verfahrensbeteiligte muß subjektive Rechte in Anspruch nehmen. Ablehnungsberechtigt ist also jeder, der auf die Endentscheidung im Verfahren gerichtete Anträge stellen kann.³⁾

In Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht sind nur die Verfahren der Grundrechtverwirkung (Art. 18 GG, § 13 Nr. 1 BVerfGG), der Verfassungswidrigkeit von Parteien (Art. 21 Abs. II GG, § 13 Nr. 2 BVerfGG), der Wahlanfechtung (Art. 41 GG, § 13 Nr. 3 BVerfGG), der Präsidenten- (Art. 61 GG, § 13 Nr. 4 BVerfGG) und der Richteranklage (Art. 98 GG, § 13 Nr. 9 BVerfGG) echte Prozesse, in denen es allein um subjektive Rechte und Interessen der Beteiligten geht. In gewisser Weise läßt sich hier auch die Verfassungsbeschwerde einordnen (§ 90 ff. BVerfGG).

1) So auch Leibholz-Rupprecht, § 19 Anm. 1

2) Zwirner, AöR 93, 81, 133

3) Rupprecht, NJW 1971, 2249; Friesenhahn, JZ 1966, 704, 707; Zwirner, a.a.O.

In den eben genannten Fällen ist die Übernahme des Befangenheitsbegriffs der übrigen Verfahrensordnungen angebracht. Der Beteiligte kann die Befangenheit eines Richters geltend machen, weil er eine voreingenommene Einstellung des Richters ihm oder seinem Fall gegenüber zu erkennen glaubt.

Etwas anderes gilt aber für eine Reihe weiterer Verfahren, z.B. für die abstrakte (Art. 93 Abs. I Nr. 2 GG; § 13 Nr. 6 BVerfGG) und die konkrete Normenkontrolle (Art. 100 Abs. I GG, § 13 Nr. 11 BVerfGG), für die Prüfung, ob Völkerrecht Bestandteil des Bundesrechts ist (Art. 100 Abs. II GG, § 13 Nr. 12 BVerfGG) oder aber für die Prüfung der Rechtslage, wenn ein Landesverfassungsgericht von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abweichen will (Art. 100 Abs. III GG, § 13 Nr. 13 BVerfGG).

Das abstrakte Normenkontrollverfahren (Art. 93 Abs. I Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG) ist ein von subjektiven Berechtigungen unabhängiges, objektives Verfahren zum Schutze der Verfassung. Es dient lediglich der Prüfung von Rechtsnormen am Maßstab des Grundgesetzes, nicht aber dem Schutz einer Rechtsstellung des Antragstellers. In diesem Verfahren gibt es keinen Anspruchsberechtigten.¹⁾ Das Verfahren nach § 13 Nr. 13 BVerfGG ist ebenfalls ein rein objektives Verfahren, in dem ein Landesverfassungsgericht von einer Entscheidung des Bundes- oder eines anderen Landesverfassungsgerichts abweichen will und die Rechtslage vom Bundesverfassungsgericht überprüft wird.

1) BVerfGE 1, 396, 407; 20, 56, 96

Sinn und Zweck des in Art. 100 Abs. I, § 13 Nr. 11 BVerfGG geregelten konkreten Normenkontrollverfahrens ist die Kontrolle des Gesetzgebers - nicht anderer Gerichte - durch das Bundesverfassungsgericht. Dieses Verfahren hat ebenfalls ein von subjektiven Anspruchsberechtigungen und Revisionsbestrebungen losgelöstes, rein objektives Ziel.¹⁾

Das gleiche gilt von den Verfahren nach § 13 Nr. 12 BVerfGG, in denen die Prüfung vollzogen wird, ob Völkerrecht Bestandteil des Bundesrechts ist.

Ähnlich verhält es sich bei den Verfahren gemäß § 13 Nr. 5 und 7 BVerfGG. Zwar geht es bei diesen kontradiktorisch ausgestalteten Verfahren des Organstreits (Art. 93 Abs. I Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG) und der Bund-Länderstreitigkeiten (Art. 93 Abs. I Nr. 3 GG, § 13 Nr. 7 BVerfGG) auch um Rechte der Beteiligten. Doch ist oberstes Ziel der Entscheidung des Verfassungsgerichts allein die objektive Auslegung des Grundgesetzes.²⁾

Da die Verfahren gemäß § 13 Nr. 6 (abstrakte Normenkontrolle) und Nr. 13 BVerfGG objektiv ausgestaltete Verfassungsprozesse sind und es auch keine formell Beteiligten gibt, kann auch keine Besorgnis der Befangenheit durch Beteiligte aufkommen.³⁾

1) BVerfGE 7,1,15; 22, 373, 378

2) vgl. BVerfGE 2,79, 86; Friesenhahn, JZ 1966, 704, 707

3) Bei den Entscheidungen des BVerfG in BVerfGE 20,12, und NJW 1973, 1267, 1268 (sog. Rottmann-Beschlüsse, auf die unten S. 74 noch eingegangen wird) hat das Gericht diesem Gesichtspunkt keine Beachtung geschenkt.

Die anderen oben beispielhaft aufgeführten Verfahren (§ 13 Nr. 5- Organstreit -, Nr. 7 - Bund-Länderstreitigkeiten -, Nr. 11 abstrakte Normenkontrolle -, Nr. 12 - Völkerrecht als Bestandteil des Bundesrechts - BVerfGG) kennen aber besondere, durch das Gesetz bestimmte Beteiligte. Zu diesen gehören jedoch nicht die Beteiligten des Ausgangsverfahrens und die dafür zuständigen Gerichte. Das konkrete Normenkontrollverfahren zum Beispiel dient nämlich nicht so sehr dem Schutz des Rechtsstatus des Klägers oder Beklagten im Ausgangsprozeß,¹⁾ sondern lediglich der Kontrolle eines Gesetzes an der Verfassung. Bei der Beurteilung einer abstrakten Rechtsfrage können aber nicht Rechte einer Prozeßpartei befangen beurteilt werden. Vertrauensschutz setzt ein Rechtsschutzinteresse und dieses wiederum ein Verfahren zum Schutz subjektiver Rechte voraus. Die Beteiligten des Ausgangsverfahrens sind daher nicht berechtigt, Ablehnungsanträge zu stellen.²⁾

Es bleibt somit noch die Frage zu behandeln, wie das Ablehnungsrecht der formell Beteiligten in den zuletzt oben genannten Verfahren zu handhaben ist. Festgehalten werden muß zunächst, daß es sich in allen diesen Verfahren um Verfassungsauslegung mit Wirkung für und gegen alle und damit um Gestaltung des Gemeinschaftslebens und nicht um die Entscheidung eines Einzelfalles handelt,³⁾ auch wenn manche Verfahren kontradiktorisch aufgezo-

1) BVerfGE 7, 1, 15

2) So auch Rupprecht, NJW 1971, 2249 ff.; a.A. Sälzer, NJW 1971, 1204 ff.

3) BVerfGE 2, 79, 86; Friesenhahn, JZ 1966m 704, 707

sind (vgl. den Organstreit § 13 Nr. 5 BVerfGG). Maßstab der Befangenheitsprüfung darf daher nicht das Vertrauensschutzinteresse der formell Beteiligten sein - über deren Rechte wird nicht direkt entschieden -, sondern das der Allgemeinheit.¹⁾ Es kann deshalb keine den Beteiligten gegenüber bestehende Befangenheit geben, sondern nur eine Befangenheit gegenüber der abstrakten Rechtsfrage. Die formell Beteiligten können demgemäß nur dann einen Bundesverfassungsrichter ablehnen, wenn sich Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Richter nicht eine objektive, juristisch sauber entwickelte und neuen Argumenten zugängliche Entscheidung fällen werde, sondern eine unreflektierte, emotional bedingte Willensentscheidung.²⁾ Das wäre z.B. dann der Fall, wenn ein Richter zu erkennen gäbe, er könne aus weltanschaulichen Gründen absolut nur zu einer einzigen bestimmten Entscheidung kommen.

Eine Einschränkung der Ablehnungsmöglichkeit liegt auch deswegen auf der Hand, weil die mit Erfolg abgelehnten Richter nicht durch einen Vertreter ersetzt werden, es keine Auswechselbarkeit zwischen dem ersten und zweiten Senat gibt (§ 2 Abs. II BVerfGG). Der abgelehnte Richter scheidet aus, der Senat fällt die Entscheidung ohne ihn. Bei umstrittenen Entscheidungen kann durch eine Ablehnung die Rechtsprechung des Senats in einer anderen Richtung verlaufen.

1) Der österreichische Gesetzgeber schloß daher auch in § 12 Abs. I des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof die Ablehnung eines Mitglieds dieses Gerichtes aus.

2) Friesenhahn, JZ 1966, 704, 707; Zwirner, AöR 93, 82, 133

Nach der Auslegung des BVerfG gelten die in § 18 Abs. II und III BVerfGG aufgezählten Gründe, die einen Ausschluß nicht zur Folge haben, auch im Rahmen des § 19 BVerfGG.¹⁾ Dies mag für § 18 Abs. II BVerfGG - insbesondere Abstammung, Zugehörigkeit zu einer Partei - auf jeden Fall im Rahmen eines objektiven Verfahrens richtig sein. Bedenken für eine Übernahme ergeben sich jedoch bei der vorherigen Beteiligung des Verfassungsrichters am Gesetzgebungsverfahren (§ 18 Abs. III BVerfGG).

Natürlich wird man von dem größten Teil der Abgeordneten, die nicht im Brennpunkt der politischen Auseinandersetzung stehen, bei der späteren Überprüfung eines politisch nicht herausragenden Gesetzes als Bundesverfassungsrichter eine unbefangene und nur durch rechtliche Argumente geprägte Überprüfung erwarten dürfen. Stehen jedoch Gesetze zur Überprüfung an, die politischen und rechtlichen Zündstoff in sich tragen, und war der jetzt urteilende Richter damals ein hervorragender Fürsprecher oder Negierer der Normierung - z.B. als Minister oder Fraktionsvorsitzender, als Vorsitzender des zuständigen Ausschusses, als der Abgeordnete, der das Gesetz im Bundestag begründete -, so kann man nicht erwarten, daß er seine frühere Einstellung unterdrückt und sein eigenes "Werk" jetzt noch einmal prüft. Im übrigen darf man erwarten, daß jeder Parlamentarier, besonders aber diejenigen, die an führender Stelle tätig sind und als Verfassungsrichter potentiell in Frage kommen, bei jedem Gesetz

1) BVerfGE 2, 295, 297; Leibholz-Rupprecht, § 19 Anm. 3

sich die verfassungsrechtliche Lage klarmachen und in ihre Erwägungen mit einbeziehen, so daß von da aus bereits eine größere Befangenheit dem Sachverhalt gegenüber vorliegt. Stimmt ein Verfassungsrichter im Verfassungsverfahren anders als seinerzeit im Plenum des Bundestages, so wird sich die Vermutung nicht von der Hand drängen lassen, er habe in einem Falle entweder an die Verfassung überhaupt nicht gedacht oder aber habe sie falsch ausgelegt. Diese Situation ergibt ein Indiz für die Vermutung, der betroffene Richter habe seine Entscheidung nicht lediglich aufgrund einer sauberen juristischen Deduktion gefunden, so daß § 18 Abs. II BVerfGG im Rahmen des § 19 nicht anzuwenden ist.

Anläßlich der Überprüfung des Grundvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR hatte das BVerfG erneut Gelegenheit, zur Frage der Ablehnung von Richtern des BVerfG Stellung zu nehmen. Es ist hier nicht der Ort auf die speziellen Umstände und die Vorgeschichte der sogenannten "Rottmann-Beschlüsse"¹⁾ einzugehen. Von Interesse sind aber die allgemeinen Ausführungen, die das Verfassungsgericht zur Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern gemacht hat, aufgrund deren an die Begründetheit eines Ablehnungsantrages besondere, gegenüber anderen Verfahrensordnungen "anspruchsvollere" Maßstäbe gestellt werden. Abgesehen davon, daß gemäß § 18 Abs. 2 und 3 BVerfGG weder die Abstammung, die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei noch die frühere Mitwirkung im Gesetzgebungsverfahren oder die Äußerung einer wissenschaftlichen Meinung zu einer

1) BVerfG, NJW 1973, 1267, 1268

für das Verfahren bedeutsamen Rechtsfrage den Ausschluß eines Richters rechtfertigt und in konsequenter Fortsetzung dieser Grundsätze auch eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit bei bloßem Vorliegen allein dieser Gründe nichtin Frage kommt,¹⁾ seien folgende Erwägungen besonders zu beachten:

a) Bei Ablehnung eines Richters scheide dieser - wie bereits oben in dieser Untersuchung erörtert wurde - ersatzlos aus dem Verfahren aus. Dies führe zu einer Veränderung der Mehrheitsverhältnisse, die großen Einfluß auf den Ausgang des Verfahrens haben könne. Durch gezielte Ablehnungen sei es möglich, die Beschlußunfähigkeit eines Senates herbeizuführen.

b) Die Richter des BVerfG seien in einem besonderen Berufungsverfahren - regelmäßig einmütig - von Bundestag und Bundesrat gewählt. Deshalb seien sie befähigt, in Unvoreingenommenheit und Objektivität auch in politisch heiß umstrittenen Verfahren zu entscheiden.

c) Von Parteien im Staatsprozeß, insbesondere von Verfassungsorganen der Länder und des Bundes mit Einblick in die Struktur des BVerfG, könne erwartet werden, daß sie Vertrauen in die Richter des Gerichts setzen und die Besorgnis der Befangenheit nicht leichthin hegen.

Diesen Erwägungen des BVerfG hat Häberle²⁾ lebhaften Beifall gezollt und sie als einen Meilenstein auf

1) BVerfGE 32, 288, 290

2) Häberle, JZ 1974, 451 ff.

dem Wege zur Eigenständigkeit des verfassungsgerichtlichen Verfahrens, nicht nur der Befangenheitsregelung angesehen. Diese Beschlüsse enthielten den wohl bedeutendsten Ansatz des BVerfG zu einem gegenüber den anderen Prozeßordnungen sachlich verselbständigten, ganzheitlichen und materiellen Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Es braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht näher untersucht zu werden, ob die Verfahrensvorschriften der Verfassungsgerichtsbarkeit insgesamt von den anderen Verfahrensordnungen gelöst und zu einer größtmöglichen Eigenständigkeit geführt werden sollten, was Schumann¹⁾ mit Recht verneint, da die Befreiung des Verfassungsprozeßrechts vom prozessualen Denken das Ende einer Gerichtsbarkeit in Verfassungssachen darstellen würde.

Die vom 2. Senat des BVerfG aufgestellten Thesen sind jedenfalls keine Erkenntnisse, die die Befangenheitsregelungen im Verfassungsprozeß gänzlich von denen anderer Prozeßordnungen lösen, sondern Ansichten, die den Besonderheiten des Verfassungsrechts Rechnung tragen, ohne die gemeinsamen Grundlagen des Befangenheitsrechts in den verschiedenen Prozeßordnungen aufzugeben. Die Hervorkehrung und Beachtung der Besonderheiten eines Verfahrens ist aber bei aller Gemeinsamkeit geboten, um eine Nivellierung zu vermeiden und um dem Art. 3 GG Rechnung zu tragen, aus dem zu entnehmen

1) Schumann, JZ 1974, 484, 488

ist, daß Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden soll.

Die These, aufgrund der besonderen Wahl der Richter des BVerfG sei grundsätzlich davon auszugehen, daß diese auch in politisch heiß umstrittenen Verfahren in Unvoreingenommenheit und Objektivität entscheiden würden, kann dabei außer Betracht bleiben. Sie ist nicht überzeugend. Zwar ist das besondere Wahlverfahren geeignet, möglichst besonders qualifizierte Persönlichkeiten für das hohe Amt auszuwählen, es hat aber keinen Einfluß darauf, ob ein Verfassungsrichter im Einzelfall nicht doch der zu entscheidenden Verfassungsfrage unvoreingenommen gegenübersteht und die Besorgnis der Befangenheit begründet ist. Daß jeder Verfahrensbeteiligte grundsätzlich von der Neutralität eines Richters ausgehen könne, ist darüber hinaus auch für die anderen Gerichtsbarkeiten anerkannt.¹⁾

Mit der zweiten Erwägung des BVerfG wird dem Umstand Rechnung getragen, daß - wie bereits oben erwähnt - ein ausgeschlossener Richter nicht ersetzt wird und durch gezielte Ablehnungen die Mehrheitsverhältnisse im Senat beeinflusst werden können. Es handelt sich hier um eine Besonderheit, die kein anderes Verfahren kennt und die zu übergehen nicht gerechtfertigt wäre.

Der Hinweis, daß ein "Staatsprozeß" vorliegt, betrifft zum ersten nicht alle Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht. Aus der

1) BVerfG, NJW 1971, 1029, 1030, RGSt 59, 409 ff.

besonderen Hervorhebung des Wortes "Staatsprozeß" läßt sich schließen, daß das BVerfG darunter Verfassungsstreitigkeiten versteht, in denen auf beiden Seiten staatliche Stellen beteiligt sind,¹⁾ nicht aber Verfahren darunter fallen, an denen Bürger beteiligt sind. Weiterhin stellt die Forderung des Bundesverfassungsgerichts darüberhinaus kein Spezifikum des Verfassungsprozesses dar. Wie bereits oben²⁾ näher dargelegt wurde, sollte bei allen Verfahren, an denen, auf welcher Seite auch immer, ein Staatsorgan beteiligt ist, welches einen Ablehnungsantrag vorbringt, an die Zweifel hinsichtlich der Unvoreingenommenheit eines Richters und an die Zugfähigkeit der Ablehnungsgründe höhere Anforderungen gestellt werden.

Zusammenfassung

Die Ablehnungsgründe sollen dem Mißtrauen der Verfahrensbeteiligten gegenüber einem Richter Rechnung tragen. Sie sind so mannigfach, daß es unmöglich ist, sie einzeln zu erfassen. Abgesehen von wenigen Ausnahmen können alle Ablehnungsgründe in jeder Verfahrensordnung auftauchen.

Einen speziellen Ablehnungsgrund, der nicht auf dem Mißtrauen der Beteiligten gegenüber dem Richter basiert und daher eigentlich etwas aus dem allgemeinen Rahmen des Ablehnungsrechts fällt, enthält § 51 Abs. II FGO. Dieser Ablehnungsgrund sollte auf alle anderen Verfahrensordnungen ausgedehnt werden.

1) So auch Schumann, JZ 1974, 488 Fn. 65

2) siehe oben, S. 47 ff.

Einen weiteren gesetzlich normierten Ablehnungsgrund enthalten die drei verwaltungsrechtlichen Prozeßordnungen hinsichtlich solcher Richter, die der Vertretung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft angehören, deren Interessen durch das Verfahren berührt werden.

Im objektiven Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht können die formell Beteiligten einen Richter nur dann ablehnen, wenn Anlaß besteht anzunehmen, er werde ~~den~~ Verfassungsartikel unreflektiert und emotional auslegen.

4. Kapitel

Materielles Ausschließungsrecht

1. Teil Vorbefassung richterlicher Art

Wenden wir uns jetzt dem zur Zeit wohl umstrittensten und problematischsten, aber auch in bezug auf die einzelnen Verfahrensordnungen am verschiedensten geregelten Ausschlußgrund zu: der Vorbefassung des Richters mit dem Streitfall aufgrund seiner Tätigkeit als Richter (§ 41 Nr. 6 ZPO; § 23 StPO, § 54 Abs. I VwGO, § 51 Abs. I FGO, § 60 Abs. I SGG, § 46 Abs. II ArbGG i.V. mit § 41 Nr. 6 ZPO; § 18 Abs. I Nr. 2 BVerfGG; FGG keine Regelung). Gemeinsam ist diesen Normen der Grundgedanke, daß ein Richter an einer Überprüfung der Entscheidung, die er in einer unteren Instanz gefällt hat, nicht mitwirken soll.

A. Vorbemerkung

Die Rechtsprechung¹⁾ und die Richterschaft²⁾ aller Gerichtszweige haben diesen Normen immer skeptisch gegenüber gestanden und sich einer Erweiterung oder auch nur weiten Auslegung widersetzt. Dem überwiegenden Teil dieses Kreises schien ein kasuistischer Ausschluß des vorbefaßten Richters wie ein Mißtrauensvotum, wie eine "unverdiente Diffamierung."³⁾ Die der Mitwirkung als erkennendem Richter vorausgehende Tätigkeit rufe grundsätzlich keine Befangenheit hervor, die normierten Ausschlußgründe seien Ausnahmen von dieser Regel.⁴⁾

So hat man sich auch in der Rechtsprechung bisher sehr gegen die Annahme gewandt, daß der Grund der Ausschlußbestimmungen auf der möglichen Benachteiligung des Angeklagten beruhe. Vielmehr solle der Richter davor geschützt werden, seine eigene Entscheidung zu überprüfen. Man könne von keinem Richter erwarten, er werde mit voller Unbefangenheit nachprüfen, ob eine von ihm erlassene Entscheidung richtig sei.⁵⁾ Die Tendenz ging und geht allgemein dahin, daß die bloße dienstliche Beteiligung eines

1) RGSt 60, 322, 324; 62, 299, 302; BGHSt 9, 233, 235; RGZ 148, 199/200; BGH, NJW 60, 1762/1763; OVG Lüneburg, OVG 22, 375, 376

2) vgl. Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, DRiZ 1963, 115

3) vgl. Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, DRiZ 1963, 115

4) vgl. Fn. 1) und 2)

Richters an Prozeßvorgängen einer früheren oder die Beteiligung an Prozeßvorgängen derselben Instanz, die der entscheidenden Hauptverhandlung vorausgegangen sind - auch soweit sie mit der Entscheidung enge Berührung haben - nicht eine Ablehnung, geschweige denn einen Ausschluß rechtfertigten.¹⁾

Diese starre Haltung ist in letzter Zeit besonders vom Strafprozeßschrifttum²⁾ stark angegriffen worden und hat beim Bundesverfassungsgericht Zustimmung gefunden.³⁾ Arzt⁴⁾ äußert sich dahingehend: Die Ausschließung wegen Vorbefassung des Richters beruhe nicht auf der Fiktion der Parteilichkeit. Es sei normalerweise keine einseitige Einstellung gegenüber der Person des Angeklagten zu besorgen. Es handele sich vielmehr um die Gefahr sachlicher Befangenheit. Der Angeklagte befürchte mit Recht, daß der Richter einen im ersten Prozeß gemachten Fehler nicht mit der notwendigen Gründlichkeit zu verbessern suche. Es gehe um die Chance des Angeklagten, eine wirklich neue Verhandlung zu erhalten.

Beim ersten flüchtigen Vergleich kann man den Eindruck haben, als ob die beiden Meinungen gar nicht so weit voneinander entfernt seien. Aber dieser Eindruck täuscht. Der Unterschied liegt in dem Ausgangspunkt, von dem aus das Problem betrachtet wird. Während es die ältere Rechtsprechung aus der Sicht der Justiz lösen will, sieht die neuere Literatur und auch das Bundesverfassungsgericht die Problematik mehr von dem Angeklagten oder den Parteien

-
- 1) vgl. S. 80 Fn. 1); weiterhin RGSt 65, 40, 42.
Ausgenommen sind natürlich die expressis verbis genannten Fälle in § 41 Nr. 6 ZPO und § 23 StPO.
2) Arzt, Strafrichter, S. 62 ff., S. 80 ff.; Dahs, NJW 1966, 1691 ff.; Hanack, NJW 1967, 580
3) BVerfG, NJW 1971, 1029
4) Arzt, Strafrichter, S. 80

aus, die heute nicht mehr so sehr als Objekte, sondern als Prozeßsubjekte dem Richter gegenüber-treten.

Somit verlagert sich die Ratio des zu behandelnden Ausschußgrundes auf das fehlende Vertrauen des Angeklagten oder der Parteien in die an der Urteilsfindung unmittelbar beteiligten Richter. Nur so läßt sich die jeder Rechtsprechung immanente Forderung, die Neutralität und Distanz des Richtenden zu wahren, gegenüber den Verfahrensbeteiligten wirklich glaubhaft machen. Diese Ansicht kommt auch in der amtlichen Begründung des Gesetzgebers¹⁾ zur Änderung des § 23 StPO im Jahre 1964 zum Ausdruck.

Die nähere Untersuchung des Ausschlusses wegen Vorbe-fassung richterlicher Art soll ihren Ausgang nehmen mit der Behandlung der Ausschußnormen der StPO. Dort liegt die weitestgehende und neueste Regelung vor. Der § 23²⁾ wurde 1964 im Rahmen des StÄndG von 1964 diskutiert und überarbeitet. Er hat eine weitere Änderung durch das erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 9. Dezember 1974, welches am 1. Januar 1975 in Kraft getreten ist, erfahren.

B. Die Regelung der StPO

§ 23 enthält zwei scharf begrenzte Ausschließungsgründe. Ein Richter darf nicht über ein Rechtsmittel gegen seine eigene Entscheidung urteilen (Abs. I). Im wiederaufgenommenen Verfahren darf kein Richter mitwirken, der an der angefochtenen Vorentscheidung beteiligt war (Abs. II). Der ehemalige § 23 Abs. III StPO, der den Ausschluß des Untersuchungsrichters

1) BT-Drucksache IV, 178, S. 33

2) zu § 23 StPO gehört systematisch auch der § 354 Abs. II StPO, der die Zurückweisungen von Revisionen an das Untergericht regelt.

enthielt, ist seit dem 1. Januar 1975 entfallen, da durch das erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechtes vom 9. Dezember 1974 das Institut der Voruntersuchung aus dem Strafprozeßrecht entfernt worden ist.

Weitere Ausschlußgründe wegen richterlicher Vorbefassung sind in der StPO nicht vorgesehen. Wegen dieser Begrenzung wird für die heutige Rechtslage angenommen, daß die verschiedenen Aufgaben des Richteramtes im übrigen grundsätzlich miteinander vereinbar seien¹⁾ und die zwei Fälle der gesetzlich geregelten Unvereinbarkeit Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz der Vereinbarkeit aller richterlichen Aufgaben miteinander darstellten.²⁾ Aufgrund der bewußt kasuistischen, abschließend aufzählenden Fassung dieser Gründe erschiene zur Zeit in sämtlichen anderen Fällen kein Analogieschluß, sondern ein argumentum e contratio geboten.³⁾ Dieser Ansicht kann für die Ausschließung selbst zugestimmt werden, da auch die Form der Neuregelung des § 23 StPO aus dem Jahre 1964 dafür spricht. Es darf aber nicht daraus geschlossen werden, daß darüber hinaus auch generell die Ablehnung wegen Befangenheit entfiel.⁴⁾

Die Frage, ob darüber hinaus andere, bisher nicht normierte Fälle richterlicher Vorbefassung in die Ausschlußregelung mit einbezogen werden sollen, kann nur de lege ferenda beantwortet werden.

1) RGSt 62, 299, 302; BGHSt 9, 233, 235

2) Schorn, GA 1963, 257, 268 ff.

3) Kern-Roxin, § 9 I und II; Dahn, NJW 1966, 1691
1693/1964

4) vgl. oben S. 80

I. Der Grundfall des § 23 Abs. I StPO

Der Normierung des § 23 Abs. I StPO liegt folgender Fall als Beispiel zu Grunde: Der Vorsitzende des Schöffengerichts wird zum Vorsitzenden Richter am Landgericht befördert. Dort hat er als Vorsitzender der Großen Strafkammer in der Berufungsinstanz über denselben Fall zu entscheiden, den er schon beim Schöffengericht in erster Instanz entscheiden mußte. An diesem Beispiel lassen sich die positiven Normvorstellungen des Gesetzgebers erkennen. Der Richter muß an einer Entscheidung - nicht nur an der vorhergehenden Verhandlung¹⁾ - mitgewirkt haben, gerade diese Entscheidung muß mit einem Rechtsmittel - nicht bloßem Rechtsbehelf - angefochten und derselbe Richter muß im höheren Rechtszug über den von ihm im niedrigeren Rechtszug bearbeiteten Prozeß zur Entscheidung berufen sein.²⁾

Das Gesetz regelt in § 23 StPO nur den Tatbestand, daß ein Strafprozeß in der unteren Instanz entschieden wurde, auf ein Rechtsmittel hin bei der nächsthöheren Instanz anhängig ist und dort derselbe Richter zu entscheiden hat, der auch schon in der unteren Instanz zur Aburteilung berufen war. Denkbar ist aber auch der umgekehrte Fall, daß ein Richter des höheren Rechtszuges an ein unteres Gericht versetzt wird und dort über dieselbe Sache entscheiden soll, die er in der höheren Instanz an die niedrigere zurückverwiesen hat.³⁾ Eine solche Konstellation

¹⁾ vgl. RGSt 65, 40, 41 ff.

²⁾ vgl. Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 23 Anm. II 1

³⁾ Dieser Sachverhalt ist nicht mit dem später erörterten zu verwechseln, wo der Erstrichter nach Zurückweisung wieder zu entscheiden hat (§ 354 Abs. II StPO)

kann sich z.B. dann ergeben, wenn ein Richter, der an einem höheren Gericht als Beisitzer beschäftigt war, an einem Gericht niederer Ordnung Vorsitzender Richter wird.

Diese Fallgestaltung wird von § 23 Abs. I StPO nicht erfaßt. Der Grund dieser Norm liegt - wie schon gesagt - darin, daß Befangenheit und mangelnde Distanz gerade dann zu befürchten sind, wenn jemand eine von ihm stammende Entscheidung auf Fehler und Unkorrektheiten überprüfen soll. Hier sitzt aber der Richter nicht über seine eigene Entscheidung zu Gericht, sondern hat z.B. neue tatsächliche Fragen zu klären, also die Konsequenzen aus seiner Rechtsmittelentscheidung zu ziehen.

Es ist auch nicht notwendig, einen diesbezüglichen Ausschlußgrund in das Gesetz einzuführen. Zwar geht der Richter an die neue Entscheidung nicht allein aufgrund des Ergebnisses der neuen Hauptverhandlung heran, sondern ist mit den Eindrücken der Berufungs- oder Revisionsverhandlung belastet. Seine Lage kann insofern der des ehemaligen Untersuchungsrichters,¹⁾ der wegen seiner ebenfalls umfassenden Vorkenntnisse nach § 23 Abs. III StPO ausgeschlossen war, nahekommen.²⁾ Diese extreme Situation wird sich aber nur in einem geringen Teil der Fälle ergeben. So wird oft das Urteil nur wegen eines Verfahrensmangels aufgehoben und die Sache zurückverwiesen, um dem Angeklagten keine Instanz zu nehmen. Oftmals wird auch der Fall im Hinblick auf die rechtliche Bewertung nur noch tatsächlich aufzuklären oder eine Gesamt-

1) siehe dazu unten S. 115

2) Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 23 Anm. II 4

strafe zu bilden sein. Die Möglichkeit der Ablehnung reicht daher zur Wahrung der Unbefangenheit des Richters vollkommen aus. Allerdings müßten dann schon besondere Gründe hinzukommen, damit eine Ablehnung als gerechtfertigt angesehen werden könnte.

II. Nicht normierte mögliche Befangenheitssituationen, die § 23 I StPO nahestehen

Neben dem gesetzlich geregelten Fall des § 23 Abs.I StPO gibt es zahlreiche Befangenheitssituationen aufgrund der Tatsache, daß der erkennende Richter mit dem Prozeßstoff bereits in Berührung gekommen ist, **welche aber nicht in den Katalog** der gesetzlichen Befangenheitsgründe aufgenommen sind. Es ist daher zu untersuchen, ob für einige solcher Fälle eine Aufnahme in das Gesetz oder eine weite Analogie zu schon bestehenden Normen ratsam wäre.

1. Eröffnung des Hauptverfahrens

Das geltende Recht enthält keine ausdrückliche Regelung der Frage, ob der Eröffnungsrichter ausgeschlossen ist, d.h. an der Hauptverhandlung nicht teilnehmen darf. Insbesondere läßt sich dieser Fall nicht unter die **zwei** Absätze des § 23 StPO subsumieren, **weil in der Hauptverhandlung nicht** der Eröffnungsbeschluß überprüft wird. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist daher der eröffnende Richter nicht ausgeschlossen, weil sich aus der fehlenden Anordnung im Gesetz ergibt, daß der Gesetzgeber von seiner Unbefangenheit ausgeht.

Es wird nicht uninteressant sein festzustellen, daß die ungehinderte Mitwirkungsmöglichkeit des Eröffnungsrichters in der Hauptverhandlung aufgrund der StPO nicht immer gegeben war. Bei der Entstehung der StPO ging die Tendenz des Gesetzgebers dahin, daß die Befassung des Richters mit derselben Sache in einem früheren Stadium die unbefangene Behandlung in einem späteren gefährde.¹⁾ Ein derartig weiter Vorschlag des Reichstags wurde aber vom Bundesrat wegen finanzieller Bedenken abgelehnt.²⁾ Statt einer umfassenden Regelung der Vorbefassung waren später bei der Verkündung der StPO im Jahre 1879 nur drei Möglichkeiten geregelt. Nach dem damaligen Abs. III des § 23 war der Berichterstatte des Eröffnungsverfahrens ausgeschlossen. Diese Regelung wurde aber im Rahmen der Emmeringschen Justizreform 1924 aus Kostengründen wieder gestrichen³⁾ und ist auch durch die kleine Strafprozeßrechtsreform von 1964 trotz der Bemühungen aus einigen Kreisen - z.B. der Strafverteidiger -⁴⁾ nicht erneut ins Gesetz aufgenommen worden.

Wendet man sich der Frage zu, ob der Ausschluß des Eröffnungsrichters de lege ferenda geboten sein sollte, so muß man von der Struktur des Strafprozesses ausgehen. Es gibt zwei sehr verschiedene Formen, nach denen ein Strafprozeß abgewickelt werden kann. Daneben finden sich wiederum Formen, in denen die Maximen beider Verfahren nicht streng durchgeführt, sondern mehr oder weniger vermischt sind (so im heutigen deutschen Strafprozeß).

1) vgl. Arzt, Strafrichter, S. 62

2) Mat. II zur StPO, S. 1518

3) Löwe-Rosenberg-Schäfer, Ergänzungsband, S.6

4) vgl. BT-Drucksache, IV 1171 i.V. mit BT-Drucksache, IV 1020, Art. 5 Nr. 1

Der Inquisitionsprozeß (Anwendungsgebiet: kanonischer und gemeinrechtlicher Prozeß) beruht auf dem Prinzip, daß die Wahrheitsforschung vollständig in der Hand des Richters liegt. Der Richter sammelt von Anfang an das Beweismaterial, er vernimmt den Beschuldigten und die Zeugen, leitet die Verhandlung und spricht das Urteil. Das ganze Verfahren liegt also von Anfang bis Ende allein in seiner Hand. Der Richter ist Ankläger, Verteidiger und Urteilender zugleich.¹⁾

Der Anklageprozeß in seiner reinen Form (Verbreitungsgebiet: anglo-amerikanischer Strafprozeß) ist als Parteiverfahren ausgestaltet. Das staatliche Strafverfolgungsinteresse wird von dem Vertreter der Anklage, die Belange des Beschuldigten werden vom Verteidiger wahrgenommen. Beide vernehmen im Wege des Kreuzverhörs den Angeklagten und die Zeugen. Der Richter führt keine eigenen Untersuchungshandlungen durch, sondern leitet nur die Verhandlung und fällt aufgrund des von beiden Parteien gesammelten Materials das Urteil.²⁾ Der heutige deutsche Strafprozeß ist ein Mittelding. Er verbindet Prinzipien des Anklageprozesses mit denen des Inquisitionsverfahrens. Das vorbereitende Verfahren, das bis zur Erhebung der Anklage führt, liegt allein in Händen der Staatsanwaltschaft. Danach geht die Verfahrensherrschaft auf das Gericht über. Dieses ordnet gegebenenfalls in der Voruntersuchung und dem Zwischenverfahren die Erhebung von weiteren Beweisen an, deren Durchführung teilweise der Staatsanwaltschaft überlassen werden kann. Das Zwischenverfahren hat den Zweck, das Vorliegen eines hin-

1) vgl. Kern-Roxin, § 17 B; Peters, S. 53;

Eb. Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, §70

2) vgl. Kern-Roxin, § 17 B; Heinrich Henkel, S. 101

reichenden Tatverdachts zu überprüfen und über die Zulassung der Hauptverhandlung zu entscheiden. In der Hauptverhandlung erhebt das Gericht alle Beweise selbst.

Hat man sich die Struktur des Strafprozesses vor Augen geführt, so sieht man, daß die Frage nach dem Ausschluß des Eröffnungsrichters nicht so sehr eine Frage des Ausschließungsrechts ist, sondern primär eine Entscheidung über die Struktur des geltenden Strafverfahrens bedeutet. Die Ausschließung des Richters wäre eine Entscheidung darüber, wieweit die Maximen des Inquisitionsverfahrens im gegenwärtigen Recht Geltung beanspruchen können. Ausschließungs- und Strukturерwägungen überschneiden sich in diesem Fall. Der Anklage- und Inquisitionsprozeß kennen keinen eröffnenden Richter. Bei diesen Prozessen brauchte sich der jeweilige Gesetzgeber daher auch keine Gedanken über dessen Ausschluß zu machen. Indem der deutsche Gesetzgeber 1924 den alten § 23 Abs. III StPO¹⁾ gestrichen hat, hat er - wenn auch ursprünglich Kostengründe ausschlaggebend waren - das Inquisitionsprinzip zu Gunsten des erkennenden Richters ausgedehnt und

1) § 23 Abs. III StPO i.d.F. von 1877 lautete:
"An dem Hauptverfahren vor der Strafkammer dürfen mehr als zwei von denjenigen Richtern, welche bei der Entscheidung über die Eröffnung mitgewirkt haben, und namentlich der Richter, welcher Bericht über den Antrag der Staatsanwaltschaft erstattet hat, nicht teilnehmen."

dessen Neutralität etwas stärker hintangestellt.¹⁾
Eine neuerliche Ausschließung würde wiederum die Inquisitionsaufgaben des erkennenden Richters zurückdrängen. Eine solche Regelung könnte aber nicht isoliert ergehen, sondern müßte vom Gesetzgeber bei der Neuregelung des Zwischenverfahrens berücksichtigt werden.

-
- 1) Ein weiteres wichtiges Beispiel für die Tatsache, daß sich die Forderung nach der Neutralität des Richters mit anderen Prozeßmaximen überschneidet und der Gesetzgeber oft bewußt die Unvoreingenommenheit des Richters geringer achtet, bietet § 34 Abs. II JGG. Diese Norm fordert bei tatsächlicher Durchführbarkeit die Personalunion zwischen Jugend- und Vormundschaftsrichter. Das bedeutet, daß der Jugendrichter möglichst auch Vormundschaftsrichter sein soll. Diese Forderung soll gewährleisten, daß die erzieherischen Maßnahmen beider richterlichen Bereiche aufeinander abgestimmt und planmäßig durchgeführt werden, so daß sie eine erzieherische Wirkungseinheit bilden. Hinzu kommt, daß der Vormundschaftsrichter nicht selten den Jugendlichen und die soziale Umwelt, in der er aufgewachsen ist, schon vor der Verfehlung aus anderem Anlaß kennengelernt hat, so daß niemand besser als er die Persönlichkeit des Täters und die Gründe seiner Tat beurteilen kann (Schaffstein § 28 III). Die Forderung, daß stets ein unvoreingenommener Dritter als Richter entscheiden soll, tritt hier hinter der Forderung nach der bestmöglichen Jugenderziehung und -fürsorge zurück. Im weiteren Verlauf der Arbeit werden ähnliche Situationen und Lösungen noch öfter auftauchen.

Gerade unter dem speziellen Gesichtspunkt der Befangenheit des Richters und des Vertrauens des Beschuldigten in ihn müßte dem folgenden Gedanken besondere Beachtung geschenkt werden. Das Gericht hat in dem Zwischenverfahren, in dem über die Zulassung der Hauptverhandlung entschieden wird, zu beraten, ob der Angeklagte der Tat hinreichend verdächtig ist (§ 203 StPO). Das bedeutet nach einhelliger Meinung: Es muß die Wahrscheinlichkeit der späteren Verurteilung bestehen; genauer es müssen eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Tat wahrscheinlich und genügend Beweismittel vorhanden sein.

Läßt das Gericht die Hauptverhandlung zu, so bezeichnet es damit den Angeklagten als verdächtig und gibt ihm und den Laienrichtern frühzeitig eine Würdigung der Schuldfrage bekannt. Dieser Würdigung werden sich die Schöffen schwerlich entziehen können. Sie kommen möglicherweise bereits mit einem Vorurteil in die Hauptverhandlung.

Würde der Gesetzgeber bei einer Neuregelung des Eröffnungsverfahrens diesen Gesichtspunkten besondere Beachtung schenken, so böten sich zwei Lösungen an:

1. Das Zwischenverfahren wird gänzlich abgeschafft. Dann würde die Anklage direkt zur Hauptverhandlung führen und der erkennende Richter erstmals dort mit dem Prozeßstoff in Berührung kommen, so daß von einer vorgefaßten Meinung keine Rede mehr sein kann.

Zugleich wäre diese Lösung eine Möglichkeit, das Strafrecht teilweise von den ihm noch anhaftenden

Resten des Inquisitionsprozesses zu befreien. Demgegenüber darf aber auch nicht verkannt werden, daß hierdurch die Stellung des Angeklagten verschlechtert werden kann, weil die Zwischenprüfung des durch den Staatsanwalt bzw. den Untersuchungsrichter gesammelten Materials wegfällt und somit eine Beendigung des Verfahrens nicht möglich ist, wenn sich nach Anklageerhebung, aber noch vor der Hauptverhandlung aufgrund irgendwelcher Umstände herausstellen sollte, daß hinreichender Tatverdacht nicht mehr besteht.

2. Es wird ein unabhängiger Eröffnungsrichter zur Zwischenprüfung eingesetzt. Diese Regelung hätte den Nachteil eines größeren Arbeitsaufwandes, da sich später der Richter der Hauptverhandlung nochmals in die Akten einarbeiten muß. Bedenken wegen der technischen Durchführbarkeit sind nicht mehr so groß, da heute bereits die kleinen Amtsgerichte aufgelöst werden und im Zuge der großen Justizreform nur noch größere Gerichte Bestand haben würden.

Zur Zeit läßt sich höchstens der Ablehnung des eröffnenden Richters zustimmen, wenn er entgegen Einwendungen des Angeschuldigten nach § 201 Abs. I S. 1 StPO oder abweichend von dem Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 208 StPO) das Verfahren eröffnet. Hier kann der Beschuldigte ganz besonders stark die Besorgnis hegen, das Gericht habe sich schon jetzt für eine ihn benachteiligende Würdigung des Prozeßstoffes festgelegt. Im ersten Entwurf zur Änderung der Strafprozeßordnung von 1964¹⁾ wollte auch der Gesetzgeber dieser Tatsache Rechnung

1) BT-Drucksache IV 2378, S. 42

tragen und sogar einen Ausschlußgrund konzipieren. Gerade auch dieses zeitweilige Vorhaben des Gesetzgebers trägt mit dazu bei, die Befürchtung der Befangenheit durch den Angeschuldigten nicht als unbegründet abzutun.

Die gleichen Erwägungen treffen auch dann zu, wenn gemäß § 210 Abs. III StPO das Beschwerdegericht entgegen der Entscheidung der Vorinstanz das Verfahren eröffnet und der Angeschuldigte später wegen derselben Sache vor einem Richter steht, der über die Beschwerde mitentschieden hat.

2. Das Klageerzwingungsverfahren

Lehnt die Staatsanwaltschaft die Erhebung der öffentlichen Klage ab, so kann der Verletzte im Wege des Klageerzwingungsverfahrens (§§ 172 - 177 StPO) die Anordnung der Klageerhebung durch ein unabhängiges Gericht erstreben. Das Oberlandesgericht prüft in diesem Verfahren, ob die Einhaltung des Legalitätsprinzips durch die Strafverfolgungsbehörde gewährleistet ist und beschließt gegebenenfalls die Erhebung der öffentlichen Klage, deren Durchführung wiederum der Staatsanwaltschaft obliegt (§ 175 StPO).

Nach geltendem Recht ist der Richter, der über den Antrag im Klageerzwingungsverfahren entschieden hat, in der Hauptverhandlung nicht ausgeschlossen. Er prüft in der Hauptverhandlung nicht seinen früheren Beschluß nach, sondern entscheidet aufgrund der dortigen mündlichen Verhandlung über die Verurteilung des Angeklagten.

Um entscheiden zu können, ob die öffentliche Klage zu erheben ist oder nicht, kann das OLG nach seinem pflichtgemäßen Ermessen Ermittlungen anstellen (§ 173 Abs. III StPO). Diese dürfen nicht durch die Staatsanwaltschaft, sondern nur durch das Gericht erfolgen. Das OLG kann auch den Untersuchungsrichter mit der Vornahme von Untersuchungen beauftragen (§ 173 Abs. III StPO) sowie aus den Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft feststellen, ob sich daraus Tatsachen oder Beweismittel ergeben, die für die zu treffende Entscheidung erheblich sind (§ 173 Abs. I StPO). Es handelt sich somit um ein neues, völlig selbständiges Ermittlungsverfahren, das von dem Senat mit dem Ziel geführt wird, Gewißheit darüber zu erlangen, ob Anklage zu erheben ist oder nicht. Die Entscheidung des OLG steht der Entscheidung gleich, die die Staatsanwaltschaft nach Abschluß der Ermittlungen zu treffen hat. Die Richter des OLG werden also "wie" Staatsanwälte tätig.

Der Gesetzgeber hat das Problem der Befangenheit der mit diesen "staatsanwaltlichen" Untersuchungen befaßten Richter wohl erkannt und die Entscheidung über das Klageerzwingungsverfahren den Oberlandesgerichten zugewiesen. Diese sind deshalb gewählt worden, weil die für das etwaige Hauptverfahren in Frage kommenden Untergerichte nicht der Gefahr einer Vorbefangenheit ausgesetzt werden sollten.¹⁾

Normalerweise wird der Richter, der dem Klageerzwingungsverfahren stattgibt, mit dem Fall nicht mehr konfrontiert. Das kann aber ausnahmsweise anders

1) Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S. 182;
Heinrich Henkel, S. 314

sein, z.B. wenn er an ein unteres Gericht versetzt wird, wenn er über die Revision der Hauptverhandlung zu entscheiden hat oder es sich um Staatsschutzsachen¹⁾ handelt. In diesen Fällen sollte der zuständige Richter ausgeschlossen sein. Er hat während des Klageerzwingungsverfahrens in materiellem Sinne eine staatsanwaltliche Tätigkeit ausgeübt. Der Staatsanwalt ist aber schon kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 22 Nr. 4 StPO). Durch letztere Regelung soll bereits der Schein der Parteilichkeit vermieden werden.²⁾ Nach der StPO muß zunächst der Staatsanwalt und dann das Gericht das Beweismaterial unbefangen prüfen. Der Zweck dieser doppelten Prüfung würde verfehlt, wenn ein und dieselbe Person in beiden Verfahrensstadien die Sache bearbeitete. In dem zweiten Tätigkeitsabschnitt, dem eigentlichen richterlichen Verfahren, kann diese Person der Sache nicht mehr unbefangen gegenüberstehen. Weil der Richter materielle staatsanwaltliche Tätigkeit ausgeübt hat, muß er auch bezüglich Ausschließung und Ablehnung wie ein Staatsanwalt behandelt werden.

Diese Befangenheit könnte vielleicht auch durch die Ablehnung ausgeschaltet werden.³⁾ Es gebietet sich hier jedoch in Anlehnung an § 22 Nr. 4 StPO die Schaffung eines Ausschlußgrundes. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Staatsanwalt ausgeschlossen sein soll, eine andere Person, die dieselbe materielle Tätigkeit ausübt, ohne formell Staatsanwalt zu sein, dagegen nicht. Beide Fälle sind so eng miteinander verwandt, daß die jetzige Regelung

1) Das Oberlandesgericht am Sitz der Landesregierung entscheidet in erster Instanz, § 12 GVG

2) BGHSt 9, 193, 194 ff.

3) so RGSt 62, 299, 301/302; Arzt, Strafrichter, S.75

als ein Beispiel dafür angesehen werden kann, wie entsprechende Sachverhalte ungleich behandelt werden. Man kann auch nicht einwenden, der entscheidende Unterschied liege in der Stellung des Richters und des Staatsanwalts. Beim ehemaligen Untersuchungsrichter, der auch Voruntersuchungen durchführte, hatte nämlich der Gesetzgeber die Konsequenzen gezogen (§ 23 Abs. III StPO alter Fassung).

Ein Ausschluß ohne Gesetzesänderung durch analoge Anwendung des § 22 Nr. 4 StPO kommt zur Zeit nicht in Frage. Aufgrund der bewußt kasuistischen Fassung der Ausschlußgründe ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber den Ausschluß eines Richters allein in den speziell aufgezählten Fällen zulassen wollte. Dies wird insbesondere am Verhalten des Gesetzgebers bei der Strafprozeßrechtsreform 1964 deutlich. Obwohl die Frage des Ausschlusses bei Vorbefassung dort generell zur Diskussion stand, wurde lediglich der Fall der Mitwirkung im Wiederaufnahmeverfahren gesetzlich geregelt.

3. Beschlagnahme, Durchsuchung, Haft

Die richterlichen Handlungen der Beschlagnahme, Durchsuchung, Haft etc. haben die Aufgabe, Beweismaterial sicherzustellen¹⁾ bzw. die Sicherung des Erkenntnisverfahrens zu gewährleisten.²⁾ Das später in der Hauptverhandlung ergehende Urteil stellt keine Überprüfung dieser Maßnahme dar. Nach geltendem Recht werden die in diesem Abschnitt behandelten

1) Kern-Roxin, §§ 35, 36

2) Kern-Roxin, § 30

Arten der Vorbefassung von den Ausschlußgründen des § 23 StPO also nicht erfaßt.

Ein genereller Ausschluß des Richters, der den Haftbefehl angeordnet und später in der Hauptverhandlung mitzuwirken hat, ist nicht zu empfehlen. Zwar soll man nicht verkennen, daß er in der Hauptverhandlung der Sache nicht mehr unbefangen gegenübersteht. Ganz im Gegenteil! Er hat den Haftbefehl nur deshalb erlassen dürfen, weil dringender Tatverdacht vorlag (§ 112 Abs. I StPO). Nach dem Stand der Ermittlungen konnte der Richter mit großer Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, daß der Verfolgte schuldiger Täter oder Teilnehmer einer strafbaren Handlung ist. Dem Grunde nach ist dieser "dringende" Verdacht stärker als der "hinreichende" im Sinne der §§ 203, 207 StPO, der die Voraussetzung für die gerichtliche Zulassung der Anklage ist.¹⁾ Von den bei der Prüfung der Haftentscheidung gewonnenen Erkenntnissen kann sich auch der gutwilligste Richter nicht vollkommen lösen. Es läßt sich nicht ableugnen, daß die Gefahr des Vorurteils bei der Hauptverhandlung besteht. Trotzdem ist die Möglichkeit, daß der Haftrichter später auch erkennender Richter sein kann (§ 125 StPO) nicht dazu angetan, einen Ausschluß oder eine Ablehnung zu rechtfertigen. Nach Arzt²⁾ soll dies kein Negativum sein. Diese Möglichkeit entspreche vielmehr den Interessen des Inhaftierten. Diesem sei daran gelegen, daß das Verfahren beschleunigt ablaufe und die Hauptverhandlung möglichst schnell anberaumt werde. Dieses von der Prozeßordnung geförderte Ziel würde

1) Kleinknecht, § 112 Anm. 2

2) Arzt, Strafrichter, S. 77

vereitelt, wenn sich für die Hauptverhandlung ein neuer Richter in den Fall einarbeiten müßte. Es liege gerade im Sinne des Inhaftierten, wenn der vorbereitete Richter entscheide.

Diese Argumentation ist zwar nicht ganz von der Hand zu weisen, kann aber in den meisten Fällen nicht der Hauptgrund des von Arzt gewonnenen Ergebnisses sein. Der Haftrichter ist nämlich meistens nicht so in den Fall eingearbeitet, als daß er eine spätere Hauptverhandlung ohne erneute gründliche Vorbereitung durchführen könnte. Ein Zeitverlust durch Einarbeitung eines anderen Richters entsteht daher kaum - wenige sehr umfangreiche und besonders schwierige Fälle ausgenommen.

Vielmehr verhält es sich hier genauso wie beim größten Teil der anderen, dem Urteil vorausgehenden Entscheidungen. Die Anordnung des Haftbefehls ergeht nach kurzer Prüfung des vorgelegten Materials. Eine endgültige, umfassende Würdigung des Beweismaterials erfolgt nicht. Von einer einseitigen Festlegung in der Hauptverhandlung durch den Erlaß eines vorhergehenden Haftbefehls oder einer ablehnenden Entscheidung im Haftprüfungsverfahren kann daher keine Rede sein.

Auch die anderen oben aufgeführten Maßnahmen (Beschlagnahme, § 94 StPO; Durchsuchung, § 102 StPO; ebenso vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis, § 111 a StPO) sind nicht geeignet, die Ausschließung und Ablehnung des Richters in Zukunft zu begründen.

Zwar muß der Richter den Beschuldigten für verdächtig halten und kann ihm insofern nicht vorurteilslos gegenübertreten, wenn er sich entschlossen hat, eine Beschlagnahme anzuordnen oder eine Durchsuchung zuzulassen. Diese Maßnahmen sollen aber nur der Prüfung dienen, ob der Beschuldigte in irgendeiner Weise in Beziehung zur Tat steht, und Material liefern, aufgrund dessen die Durchführung der Hauptverhandlung, in der dieses Material gesichtet wird, erst sinnvoll ist. Es handelt sich hier um Einzelmaßnahmen, die eine umfassende Beweiswürdigung nicht erfordern.¹⁾

Ausgeschlossen ist natürlich der Richter, der die Beschlagnahme, Durchsuchung und Verhaftung angeordnet hat und jetzt über die Beschwerde gegen diese Anordnung entscheiden muß bzw. mit der Beschwerde in Haft-sachen beschäftigt war und jetzt über die weitere Beschwerde entscheiden soll (§ 310 StPO).²⁾ Hier würde der Richter seine eigene Entscheidung überprüfen müssen, ein Tatbestand, der voll von § 23 Abs. I StPO erfaßt wird. Das ist dagegen bei der einfachen Haftprüfung nicht der Fall. Hier wird nämlich nicht über die Rechtmäßigkeit der Verhaftung entschieden, sondern darüber, ob zur Zeit der Vollzug ausgesetzt werden kann (§ 116 StPO) oder die Voraussetzungen, die zum Erlaß geführt haben, weggefallen sind (§ 120 StPO),³⁾ ob also aufgrund neuer Tatsachen die Freilassung des Verhafteten geboten ist.

1) Das gleiche gilt für die richterliche Vernehmung des Beschuldigten oder für die Vornahme einzelner Beweiserhebungen (§ 202 Abs. I StPO); BGHSt 9, 233, 234/235

2) Dies ist übrigens der einzige Fall, daß in der StPO das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zur Verfügung gestellt wird

3) Kleinknecht, § 117 Anm. 1

Ausgeschlossen ist dagegen der Untersuchungsrichter, wenn er in der Voruntersuchung den Haftbefehl erlassen hat (§§ 125 Abs. III, 126 Abs. IV StPO) und dann in der Hauptverhandlung mitwirkt. Dies ergibt sich expressis verbis aus § 23 Abs. III StPO.

4. Strafbefehl

Ein in der Praxis häufig geübtes Verfahren ist das Strafbefehlsverfahren. Hierbei handelt es sich um eine summarische Aburteilung von Fällen leichterer Kriminalität.¹⁾ Nach Abschluß des Ermittlungsverfahrens durch den Staatsanwalt erfolgt die richterliche Straffestsetzung ohne Hauptverhandlung in Form eines Beschlusses mit der Wirkung eines Urteils.²⁾ Da dem Beschuldigten kein rechtliches Gehör gewährt wird, hat er das Recht, gegen den Strafbefehl Einspruch einzulegen, aufgrund dessen eine Hauptverhandlung angesetzt wird (§ 411 StPO).

Normalerweise ist der Richter, der den Strafbefehl erlassen hat, auch der erkennende Richter in der Hauptverhandlung. Doch diese Tatsache macht ihn nicht im Sinne des Gesetzes befangen.

Der Einspruch des Beschuldigten ist kein Rechtsmittel. Er hat vielmehr die Bedeutung, daß der Beschuldigte zu erkennen gibt, daß er mit dem summarischen Verfahren nicht einverstanden sei und die Durchführung des Hauptverfahrens verlange.³⁾ Durch den Einspruch wird in die Hauptverhandlung übergeleitet. Das in der Hauptverhandlung ergehende Urteil

1) Kleinknecht, § 407 Anm. 1

2) Henkel, Heinrich, S. 400

3) OLG Frankfurt, MDR 1968, 517

wird unabhängig vom Strafbefehl gefällt.¹⁾ Erst in der Hauptverhandlung beschäftigt sich der Amtsrichter näher mit dem Fall, indem er eine genaue Beweisaufnahme vornimmt, während er bisher nur global die Akten dahin überprüfte, ob die von der Staatsanwaltschaft geforderte Strafe sich daraus ableiten ließe. Man kann insofern das Strafbefehlsverfahren mit dem Mahnverfahren des Zivilprozessrechts vergleichen. Da der Richter bei Erlass des Strafbefehls nur eine summarische Prüfung des Prozeßstoffes vornimmt, ist für das Hauptverfahren keine Voreingenommenheit zu befürchten.

5. Der Ergänzungsrichter

Bei umfangreichen Prozessen, die sich oft über mehrere Wochen erstrecken, sind über die gesetzlich bestimmte Zahl der mitwirkenden Richter hinaus in der Verhandlung Ergänzungsrichter anwesend (§ 192 Abs. II GVG), die im Falle der Verhinderung für einen erkennenden Richter eintreten, damit die Verhandlung nicht ausgesetzt und neu begonnen werden muß.²⁾ Sie haben schon vorher der Hauptverhandlung beizuwohnen, um gegebenenfalls einspringen zu können. In der Verhandlung haben sie die gleichen Rechte wie die anderen Richter.³⁾ Um reibungslos einspringen zu können, haben sie auch die bisherige Verhandlung zu würdigen und sich ein Bild über die Glaubwürdigkeit des Angeklagten oder der Zeugen zu bilden. Hat nun ein Ergänzungsrichter, der nicht zum Einsatz gekommen ist,

1) OLG Frankfurt, MDR 1968, 517

2) Gemäß § 229 Abs. I StPO darf eine Hauptverhandlung grundsätzlich nur 10 Tage unterbrochen werden; siehe aber auch § 229 Abs. II und III StPO

3) RGSt 67, 277

in höherer Instanz¹⁾ über den gleichen Fall als erkennender Richter zu entscheiden, so ist nicht zu leugnen, daß bei ihm die erforderliche Distanz zur gänzlich unvoreingenommenen Beurteilung der Sache fehlen kann. Dazu war er als Ergänzungsrichter zu sehr mit dem Fall befaßt.

Dennoch ist der Ergänzungsrichter nach geltendem Recht nicht ausgeschlossen. Das gilt sowohl für den höheren Rechtszug als auch für das Wiederaufnahmeverfahren (§ 23 Abs. I, Abs. II StPO). Er war nämlich nicht an einer Entscheidung beteiligt, d.h. er hat zwar für sich Beweise gewürdigt und sich ein Bild des Prozeßablaufs gemacht. Er hat aber nicht an der Urteilsfindung mitgewirkt, brauchte also nicht die rechtlichen und tatsächlichen Folgerungen aus der Verhandlung zu ziehen und hat das Urteil nicht zu verantworten.²⁾ Aus diesen Gründen liegt kein Fall des § 23 Abs. I StPO vor. Es ist aber auch nicht nötig zum Schutze des Angeklagten einen Ausschlussgrund in das Gesetz aufzunehmen, da die Festlegung des Ergänzungsrichters auf ein bestimmtes Ergebnis nicht wie bei einem Urteil nach außen hin, insbesondere für den Angeklagten, sichtbar wird und ein Abrücken von der gefaßten Meinung in diesem Falle leichter erfolgen und eher erwartet werden kann.

Andererseits ist es aber auch nicht zu verkennen, daß für den Verurteilten, der um Überprüfung seines Urteils nachsucht, die Tatsache im Vordergrund steht,

1) Hat der Ergänzungsrichter für einen erkrankten Kollegen einzuspringen, taucht das Problem der Befangenheit nicht auf, da er dann von Anfang an als erkennender Richter gilt.

2) vgl. BVerfG, NJW 1971, 1029, 1030; RGSt 65,40, 41

daß der Ergänzungsrichter in dem vorangegangenen Verfahren bis auf die Endentscheidung mitgewirkt hat. Da nicht vorauszusehen ist, ob und gegebenenfalls wann er in diesem Verfahren einzuspringen hat, muß er die Beweisaufnahme tatsächlich und rechtlich würdigen, sich eine Überzeugung von der Schuld oder Unschuld des Angeklagten bilden und sich eventuell auch Gedanken über das Strafmaß machen. Selbst wenn er nicht aktiv, d.h. mit Fragen etc., auf das Prozeßgeschehen einwirkt und dadurch die Weichen des Prozeßverlaufs in bestimmte Richtungen lenkt, ist allein schon die "passive" Mitwirkung so gewichtig, daß der Angeklagte zweifellos seiner Vorurteilslosigkeit mißtraut. Da man heute durch die Einwirkung des Grundgesetzes den Angeklagten nicht mehr als Objekt, sondern als Subjekt des Verfahrens anzusehen hat, muß man ihm in diesem Fall der Vorbefassung, der an Intensität über die bisher behandelten hinaus geht, das Recht auf Ablehnung zugestehen.

Eine solche Lösung kommt auch der Prozeßökonomie zugute, da ein Ausscheiden des Richters auf die Fälle beschränkt wird, in denen der Angeklagte wirklich Befangenheit befürchtet und einen entsprechenden Antrag stellt.

6. Mitwirkung bei einem Prozeß mit anderer Verfahrensordnung

Nicht geregelt ist in der StPO wie auch in den anderen Verfahrensordnungen - mit der einzigen Ausnahme des § 34 Abs. II JGG¹⁾ - der Fall, daß

1) vgl. oben S. 90

ein Richter zuerst in einem Verfahren nach der einen Ordnung tätig wird und dann über denselben Sachverhalt in einem Verfahren mit einer anderen Prozeßordnung entscheiden muß. Diese Konstellation kommt in der Praxis gar nicht so selten vor. Z.B. führen Unfälle im Straßenverkehr meistens zu einem Zivil- und Strafverfahren. Sie können aber auch verwaltungsrechtlich relevant werden, wenn die Behörde aufgrund desselben Sachverhalts den Führerschein einzieht. Des weiteren können Wirtschaftsstraftaten, die von einem Strafgericht geahndet werden, verwaltungsrechtlich den Entzug einer Konzession nach sich ziehen. Die Beispiele ließen sich - auch zwischen anderen Gerichtszweigen - beliebig vermehren.

Hat ein Richter einen solchen Fall in einem Gerichtszweig entschieden, so läßt sich nicht leugnen, daß er dem gleichen Fall in einem anderen Gerichtszweig nicht ganz vorurteilslos gegenübersteht, da er sich bereits ein Bild über den Ablauf des Geschehens gemacht hat. Diese mögliche Befangenheit vermag aber trotzdem keinen Ausschluß als notwendige Konsequenz nach sich zu ziehen.

Zwar kommen Fälle, in denen ein Richter von einem Gerichtszweig in einen anderen überwechselt, nicht selten vor; daß dieser Richter aber auch noch zufällig einen solchen Fall bearbeiten muß, mit dem er bereits in der alten Sparte befaßt war, ist unwahrscheinlich. Aus diesem Sachverhalt läßt sich jedoch die oben getroffene Ansicht noch nicht ableiten. Entscheidend ist vielmehr, daß die ver-

schiedenen Verfahrensarten abweichenden prozessualen Grundsätzen unterliegen und die Entscheidungen - von rechtsgestaltenden Akten einmal abgesehen - den Richter eines anderen Gerichtszweiges nicht binden.¹⁾ Weiterhin gelten in den einzelnen Verfahren unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe. Ein Freispruch im Strafverfahren in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" besagt nichts über die zivilrechtliche Bewertung des Falles, denn im Zivilrecht gilt dieser Grundsatz nicht. Ebenso bemißt sich die Fahrlässigkeit nach anderen Maßstäben. Oft braucht auch ein obsiegendes Zivilurteil nichts über die Schuld des Unterlegenen auszusagen, wenn z.B. der Klage aus Gefährdungshaftung stattgegeben wird.

Wegen dieser besonderen Umstände genügt es, das Ausscheiden des Richters von dem Antrag des Beteiligten abhängig zu machen, wenn dieser kein neues vorurteilsloses Urteil erwartet.

7. Zurückverweisung durch das Revisionsgericht

Das StPÄndG vom 19.12.1964 hat in der Neufassung des § 354 Abs. II StPO die Frage geregelt, welche Kammer oder Abteilung eines Gerichts erneut über die Sache zu entscheiden hat, wenn diese vom Revisionsgericht zurückverwiesen wird. Danach ist das Verfahren immer an eine "andere" Kammer oder Abteilung zurückzuverweisen. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber der psychologischen Situation des Angeklagten Rechnung getragen, der der erneuten

1) vgl. Lent-Jauernig, § 4 IV

Vernehmung und Verhandlung durch die gleiche Richterbank mit Mißtrauen und Vorurteilen entgegensieht.¹⁾ Der Angeklagte konnte zwar nach dem Rechtszustand vor 1964 mit seinem Rechtsmittel Erfolg haben, insgesamt mußte es jedoch für ihn wie ein Pyrrhussieg erscheinen und zu Mißhelligkeiten führen, wenn er in der neuen Verhandlung wieder vor denselben Richtern stand. Man kann es einem solchen Angeklagten nicht verdenken, wenn er die Besorgnis hegte, die Richter würden eventuell den Sachverhalt nicht entsprechend den rechtlichen Richtlinien des Revisionsgerichts weiter aufklären und dadurch entgegen ihrer in § 358 Abs. II StPO begründeten Pflicht die Rechtsauffassung des höheren Gerichts praktisch umgehen.²⁾ Die neue Regelung gewährleistet dem Angeklagten, daß er in der Regel bei Zurückverweisung seines Falles vor neuen Richtern steht.

Das muß aber nicht immer so sein. Es kommt häufig vor, daß ein Richter von einer Kammer in die andere wechselt und jetzt wieder den alten Fall neu zu behandeln hat. Bei einer solchen Situation ist er nach geltendem Recht nicht ausgeschlossen. Denn dieser Fall wird nicht speziell bei den Ausschlußgründen der §§ 22, 23 StPO aufgeführt. Ein Ausschluß läßt sich auch nicht aus dem Wortlaut

1) Raacke, NJW 1966, 1697/1698

2) Löwe-Rosenberg-Jagusch, § 354 Anm. I;
Schorn, GA 1963, 257, 277

des § 354 Abs. II StPO entnehmen.¹⁾ Diese Auslegung ist heute von Dahs überzeugend durch die Entstehungsgeschichte und den Willen des Gesetzgebers als richtig belegt worden.²⁾

Ein Großteil der Literatur und besonders die Anwaltschaft hatten die vollständige Ausschließung der Richter gefordert, die das erste Urteil gefällt haben.³⁾ Der Gesetzgeber konnte sich zwar der Einsicht nicht verschließen, daß der Angeklagte nach Zurückverweisung die Tatrichter für befangen halten muß, wenn sie bereits das erste Urteil gefällt haben. Er wählte aber im Hinblick auf angebliche Schwierigkeiten hinsichtlich der personellen und sachlichen Gerichtsorganisation die heutige Regelung.⁴⁾

Hanack⁵⁾ nennt diese Lösung daher auch einen bemerkenswert schlechten Kompromiß und eine Ungeheimtheit. Die Regelung des Gesetzes wäre jedoch keine Ungereimtheit, sondern im Gegenteil - wenn auch vielleicht unbewußt - eine ausgewogene Lösung, wenn man dem Angeklagten ein generelles Ablehnungs-

-
- 1) Man wird aber über den Willen des Gesetzgebers nicht hinausgehen, wenn man den Begriff "andere" Kammer nicht formell interpretiert. So ist z.B. nicht mehr von einer anderen Kammer zu sprechen, wenn zunächst die 1. Kammer über den Fall zu entscheiden hatte, auf die Revision des Angeklagten hin die Sache an die 2. Kammer zurückverwiesen wird, diese Kammer aber mittlerweile durch Änderung der Geschäftsordnung vollständig mit den bisherigen Richtern der 1. Kammer besetzt ist (vgl. auch LG Ulm, NJW 1966, 512).
 - 2) Dahs, NJW 1966, 1691 ff.; zustimmend Hanack, NJW 1967, 580; vgl. auch die Literatur vor Änderung des § 354 Abs. II StPO: Siebert, JZ 1958, 609; Bettermann, JZ 1959, 17
 - 3) Dahs, a.a.O.; Siebert, a.a.O.; Bettermann, a.a.O.
 - 4) Hanack, NJW 1967, 580; Dahs, NJW 1966, 1691 ff.
 - 5) Hanack, a.a.O.

recht zubilligte¹⁾ und nicht - wie es vornehmlich der BGH tut²⁾ - eine Ablehnung des ersten Tatrichters verneinte.³⁾

Die Rechtsprechung des BGH⁴⁾ und der meisten Untergerichte⁵⁾ läuft darauf hinaus, daß ein gesetzlicher Ablehnungsgrund geschaffen würde, der im Gesetz nicht vorgesehen sei. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden.⁶⁾

Läßt man bei der Zurückverweisung ein generelles Ablehnungsrecht zu, d.h. allein die Tatsache der Rückverweisung reicht als Ablehnungsgrund aus, so ist eine vollständige Ausschließung des ersten Tatrichters bei Zurückverweisung durch das Revisionsgericht nicht nur prozeßökonomisch, sondern oft überhaupt unnötig. So wird nicht jeder Angeklagte ein Ablehnungsgesuch anbringen, weil er z.B. keine Befangenheit bei den Richtern befürchtet oder auf den Rat seines Anwalts vertraut, die Angst vor einem

-
- 1) vgl. Dahs, NJW 1966, 1691, 1694; Hanack, NJW 1967, 580, 581; LG Münster, NJW 1966, 1723
 - 2) BGH, NJW 1965, 1871; 1967, 62/63; ebenso: OLG Celle NJW 1966, 172/173; OLG Bremen, NJW 1966, 168
 - 3) Von dieser Linie ist der BGH auch in seiner neuesten Entscheidung zu diesem Problem nicht abgewichen (BGH, NJW 1972, 1288). Dort läßt er zwar die Ablehnung der Richter zu, die bereits im ersten Verfahren mitgewirkt hatten. Der Grund dafür lag aber nicht in der Tatsache, daß sie bereits mit der Sache befaßt waren, sondern darin, daß diese Richter abträgliche Werturteile über den Angeklagten von sich gegeben hatten. Es war somit ein konkreter Ablehnungsgrund vorhanden. Die Sachlage unterschied sich damit in keiner Weise von einem normalen Ablehnungsverfahren und hat insofern mit der speziellen Problematik des § 354 Abs. II StPO nichts zu tun.
 - 4) BGH, NJW 1965, 1871; 1967, 62/63
 - 5) z.B. OLG Celle, NJW 1966, 172/173; OLG Bremen, NJW 1966, 168
 - 6) vgl. dazu die Ausführungen oben auf S. 49 ff.

Vorurteil sei unbegründet. Es gibt im übrigen viele Fälle der Zurückverweisung, in denen Befangenheit der Sache nach gar nicht oder doch kaum zu befürchten ist. Eine solche Sachlage liegt dann vor, wenn die Sache zunächst noch gar nicht durchentschieden war und nur noch wegen eines Restes zurückverwiesen wird;¹⁾ weiterhin nicht, wenn eine während des Revisionsverfahrens eingetretene Gesetzesänderung zur Rückverweisung zwingt. Oft geschieht eine Zurückverweisung auch nur wegen eines Verfahrensmangels. Erfolgt die Zurückverweisung wegen Verstoßes gegen die in § 338 Ziff 2 und 3 StPO aufgeführten Verfahrensnormen, so scheidet der betroffene Richter ohnehin aus.²⁾

In den meisten dieser Fälle ist objektiv kaum die Besorgnis der Befangenheit gerechtfertigt. Auch der Angeklagte wird bei vernünftiger Überlegung nicht davon ausgehen und kein Ablehnungsgesuch anbringen. Ein genereller Ausschluß des ersten Richters wäre daher allgemein zu weitgehend. Ist der Angeklagte trotzdem von der Unvoreingenommenheit des Richters und dessen objektiver Neubearbeitung der Strafsache nicht überzeugt, so muß er wegen seiner psychologischen Lage und dem im Strafverfahren besonders wichtigen Vertrauensverhältnis den Richter ablehnen können.

1) Müller, NJW 1961, 102, 103 m.w.N.

2) Hier stellt sich die Frage der Befangenheit nur noch hinsichtlich dessen Kollegen, die auch am ersten Urteil mitgewirkt haben.

Die Sachlage bei der Zurückverweisung unterscheidet sich von der der Wiederaufnahme des Verfahrens, bei der der Richter gem. § 23 Abs. II StPO ausgeschlossen ist, dadurch, daß es bei letzterer hauptsächlich um sachliche Mängel, insbesondere die Beweiswürdigung geht. Insofern liegt in der vorgeschlagenen Behandlung des Problems kein Widerspruch.

Daß es zu Konflikten bei der Zurückverweisung erst gar nicht kommt, dafür können schon das Untergericht und auch das Revisionsgericht selbst sorgen. Bei größeren Gerichten kann z.B. eine Kammer eingerichtet werden, die grundsätzlich die zurückgewiesenen Sachen bearbeitet. Hat ein Gericht z.B. nur zwei Kammern, so sollte das Revisionsgericht von der Möglichkeit Gebrauch machen, an ein anderes Landgericht des Landes zurückzuverweisen (§ 354 Abs. II StPO).

III. Wiederaufnahme des Verfahrens, § 23 Abs. II StPO

Die Ausschließungsregelung für das Wiederaufnahmeverfahren bietet keine großen Probleme mehr. Durch das StPÄndG von 1964 ist in § 23 StPO ein Abs. II eingefügt worden, wonach in Wiederaufnahmeverfahren der erkennende Richter ausgeschlossen ist. Damit wurde endlich den Forderungen eines großen Teils der Wissenschaft Rechnung getragen. Bis 1964 war ein Richter nach der Rechtsprechung¹⁾ nicht ausgeschlossen, da es sich beim Wiederaufnahmeverfahren nicht um eine höhere Instanz handelt, wie § 23 Abs. I StPO es fordert. Desgleichen wurde von der Rechtsprechung

1) RGSt 4, 426, 427/428; 61, 415/416; BGH, NJW 1954, 891; siehe auch Schorn, GA 1963, 257/276

allgemein eine Befangenheit des Richters verneint, da Vorbefassung grundsätzlich keine Befangenheit erzeugen solle.¹⁾ Dabei wurde aber die besondere psychologische Lage des Angeklagten außer acht gelassen. Dieser konnte gegenüber den Richtern, die ihn früher verurteilt hatten, meistens nicht das erforderliche Vertrauen aufbringen. Für ihn handelte es sich um einen Justizirrtum, den dieselben Richter, ohne von einer höheren Instanz auf Fehler hingewiesen zu sein, reparieren sollten. Aus der Sicht des Angeklagten hätten diese über ihren eigenen Schatten springen müssen. Vom Standpunkt des Verurteilten lagen somit vernünftige Gründe vor, an der Unbefangenheit der Richter im Wiederaufnahmeverfahren zu zweifeln. Wenn ein Verurteilter andere Richter als im ersten Verfahren vor sich sieht, wird er leichter von der sachlich korrekten Führung der neuen Verhandlung überzeugt sein können, als wenn dieselben Richter wieder entscheiden müßten.²⁾

Das Wiederaufnahmeverfahren gliedert sich in drei Abschnitte. Bei der Prüfung der Zulässigkeit befaßt sich das Gericht mit der Frage, ob die formellen Voraussetzungen der Wiederaufnahme vorliegen und ob der Wiederaufnahmeantrag schlüssig ist (§§ 367, 368 StPO). Namentlich im Falle des § 359 Nr. 5 StPO (neue Tatsachen oder Beweismittel) erfolgt bereits eine Sachprüfung, bei der das Gericht den Vortrag des Antragstellers als wahr unterstellen muß und zu entscheiden hat, ob die neuen

1) RGSt 9, 285, 287; 60, 322, 325; vgl. dazu oben die Ausführungen auf S. 80

2) so auch BT-Drucksache IV, 178, S. 18

Tatsachen und Beweismittel Anlaß zur Überprüfung des Sachverhalts geben.¹⁾ Im Anschluß an die formelle Zulassung folgt das Verfahren zur Begründetheit der eigentlichen Wiederaufnahmegründe (§ 369 StPO). Es wird untersucht, ob die vom Wiederaufnahmeführer vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel der Richtigkeit entsprechen. Endet dieser Abschnitt mit einem positiven Beschluß, so findet eine neue Hauptverhandlung statt (§ 370 Abs. II StPO).²⁾

Die Einführung eines Ausschließungsgrunde in die StPO war insgesamt auch berechtigt. Der deutsche Strafprozeß kennt aus historischen Gründen³⁾ nur die Form der Wiederaufnahme, die im Zivilprozeß der Restitutionsklage entspricht. Das Urteil wird auf schwere Mängel der Urteilsgrundlage untersucht; das Verfahren dient also nur der Überprüfung der tatsächlichen Begebenheiten, nicht aber der Überprüfung von Rechtsfehlern oder Verfahrensmängeln wie in der Nichtigkeitsklage der ZPO. Die Richter haben in jedem Fall Beweise und Umstände des Sachverhalts zu würdigen und mit ihrer alten Entscheidung zu vergleichen.

Der Ausschluß von Gerichtsmitgliedern, die an dem vorangegangenen Urteil mitgewirkt haben, erstreckt sich auf alle drei oben behandelten Verfahrensabschnitte, nicht nur auf das neue Erkenntnisverfahren. Dies ist durch § 23 Abs. II StPO in der seit Januar 1975 feltenden Fassung ausdrücklich klargestellt. Die psychologische Spannungslage,

1) Kern-Roxin, § 56; Peters, S. 594; Kleinknecht, § 368 Anm. 2 B; OLG Saarbrücken, NJW 1966, 167

2) Ausnahmen enthält § 371 StPO

3) vgl. Lampe, GA 1968, 33

die das Gesetz gerade vermeiden will, besteht nicht erst, wenn es zu einem neuen Erkenntnisverfahren kommt, sondern ebenso und gerade bei der Entscheidung, ob ein neues Hauptverfahren überhaupt zugelassen wird. Der gesetzgeberische Zweck, möglichen Voreingenommenheiten von vornherein den Boden zu entziehen, wird nur dadurch erreicht, daß der Ausschluß für alle Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren gilt.¹⁾

Ist die angefochtene Entscheidung in einem höheren Rechtszug ergangen, so ist auch der Richter ausgeschlossen, der an der ihr zugrunde liegenden Entscheidung in einem unteren Rechtszug mitgewirkt hat (§ 23 Abs. II S. 2 StPO).

Es bleibt jetzt noch die Frage zu klären, ob auch die Revisionsrichter im Wiederaufnahmeverfahren ausgeschlossen sind, wenn das Urteil, das mit dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens angegriffen wird, vorher in der Revisionsinstanz untersucht und für richtig befunden wurde. Das OLG Bremen²⁾ spricht sich gegen einen Ausschluß aus, da der Revisionsrichter an dem ersten Urteil nicht mitgewirkt, d.h. an der Beratung und Abstimmung nicht teilgenommen habe. Der Revisionsrichter sei im übrigen mit Tatfragen nicht befaßt, er brauche seine damaligen Beweisergebnisse nicht für falsch zu erklären.

1) OLG Saarbrücken, NJW 1966, 167, schon im Jahre 1967

2) OLG Bremen, NJW 1966, 168; vgl. auch die abweichende Meinung der Bundesverfassungsrichter Geller, Dr. Rupp und Wand zum Beschluß des BVerfG vom 27.1.1971 (Az.: 2 BvR 507, 511/69), NJW 1971, 1033 ff.

Mitwirken an einer Entscheidung bedeutet, was auch die abweichende Meinung der Bundesverfassungsrichter Geller, Dr. Rupp und Wand anerkennt,¹⁾ an den tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Folgerungen beteiligt zu sein, also die Entscheidung mit verantworten zu müssen.²⁾ In der Revisionsinstanz wird ein Urteil darauf nachgeprüft, ob materielle oder prozessuale Rechtsnormen richtig angewendet worden sind. Die Prüfung der Rechtsanwendung erstreckt sich unter anderem auf die Frage, ob die tatsächlichen Feststellungen lückenlos, eindeutig und frei von Widersprüchen sind. Dazu gehört z.B. auch die Untersuchung, ob die Vorinstanz einen Sachverständigen hinzuziehen mußte und den Ausführungen des Sachverständigen gefolgt werden konnte.³⁾ Erst mit der Zurückweisung der Revision wird das angefochtene Urteil rechtskräftig. Der Richter der Revisionsinstanz hat somit das angefochtene Urteil, das er bestätigt, mit zu verantworten und ist demnach durch § 23 Abs.II StPO ausgeschlossen.⁴⁾ Insofern ist hier die Sachlage anders als beim Ergänzungs- oder Eröffnungsrichter, die ein Urteil nicht mit zu verantworten haben. Das gleiche gilt natürlich auch für den Revisionsrichter, wenn die Revision als unzulässig verworfen oder die Sache zurückverwiesen wird, da er dann ja gerade nicht das erstinstanzliche Urteil mit verantworten will.

1) Geller, Dr. Rupp und Wand, NJW 1971, 1033 ff.

2) BVerfG, NJW 1971, 1029/1030

3) Arzt, NJW 1971, 1112, 1113

4) so auch BVerfG, NJW 1971, 1033

IV. Der ehemalige Untersuchungsrichter, § 23
Abs. III StPO alter Fassung¹⁾

Nach § 23 Abs. III StPO in der bis Ende 1974 geltenden Fassung war der Untersuchungsrichter in den Sachen, in denen er die Untersuchung geführt hatte, als erkennender Richter ausgeschlossen. Diese Ausnahme des Gesetzes, das wie erwähnt,²⁾ grundsätzlich von der Unbefangenheit des vorbefaßten Richters ausgeht, beruhte auf der Erwägung, daß das Vorgehen des Untersuchungsrichters nach einem bestimmten Plan erfolgte, den sich der Richter selbst und unabhängig von der Weisung eines anderen bildete. Der selbständige Beitrag zur Sachgestaltung durch die Erforschung der Tat soll nach der Erfahrung des Lebens regelmäßig die Besorgnis der Befangenheit begründen.³⁾ Hinzu kam, daß die bei der Führung der Voruntersuchung gewonnene Sachkenntnis dem Untersuchungsrichter bei einem Kollegialgericht einen überwiegenden Einfluß auf die Entscheidung verleihen konnte, der im Interesse des Angeklagten ausgeschlossen werden mußte.⁴⁾ Das gleiche galt für den Amtsrichter, dem durch das Landgericht die Voruntersuchung übertragen war (§ 185 S. 1 StPO alter Fassung). Er erhielt die volle Funktion des Untersuchungsrichters.⁵⁾ Damit trafen die gleichen Erwägungen wie bei diesem zu.

1) Zwar gibt es das Institut der Voruntersuchung und damit auch den Untersuchungsrichter seit dem 1. Januar 1975 im Strafprozeß nicht mehr. Zum besseren Verständnis der Erörterungen auf den Seiten 117 - 119 ist aber eine kurze Übersicht über die Problematik des Ausschlusses bezüglich des ehemaligen Untersuchungsrichters beibehalten worden.

2) vgl. oben S. 80

3) RGSt 54, 316/317; 62, 314 ff.; 68, 375, 376;
BGHSt 9, 233, 234

4) RG, HRR 1928 Nr. 2329

5) Kleinknecht, § 185 Anm. 1

Ein Ausschluß des Untersuchungsrichters war dagegen nicht nötig, wenn überhaupt keine eigentliche Untersuchungshandlung vorgenommen, sondern nur die Voruntersuchung eröffnet wurde.¹⁾ Hier führte der Untersuchungsrichter keine von einem umfassenden Plan geleitete Untersuchung durch.

Im übrigen ermittelte der Untersuchungsrichter speziell nur immer gegen die bestimmten Personen, gegen die die Voruntersuchung beantragt worden war. Daher war er auch nur in der Hauptverhandlung gegen diese Personen ausgeschlossen.²⁾

Anstifter, Gehilfen und andere Personen, mit denen er dabei in Berührung gekommen war, konnten in eigenen Prozessen nur ein Ablehnungsrecht geltend machen. Durch großzügige Gewährung eines solchen Ablehnungsrechts wurde auch der durch die Rechtsprechung aufgeworfene Gegensatz zum Staatsanwalt überbrückt, der darin bestand, daß letzterer bereits dann im Hauptverfahren gegen Anstifter und Gehilfen ausgeschlossen ist, wenn er direkt nur gegen den Haupttäter ermittelt hat.³⁾

1) RGSt 9, 285, 286; 61, 415/416

2) vgl. Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 23 Anm. IV 4; vgl. ebenso die auf S. 115 Anm. 2 zitierten Entscheidungen

3) RGSt 28, 53/54; 57, 275, 276; BGHSt 9, 193, 194

V. Nicht normierte, mögliche Befangenheitssituationen, die § 23 Abs. III StPO alter Fassung nahestehen

1. Der Ermittlungsrichter

Anders als beim ehemaligen Untersuchungsrichter ist die Sachlage dagegen beim Ermittlungsrichter (§ 162 StPO). Er wird auf Antrag der Staatsanwaltschaft tätig und hat nur einen bestimmten Punkte zu ermitteln.¹⁾ Ihm fehlen die dem ehemaligen Untersuchungsrichter eigentümlichen Merkmale: Vorgehen nach einem bestimmten, unabhängig von der Weisung eines anderen gebildeten Planes und selbständiger Beitrag zur Sachgestaltung durch unmittelbare Erforschung der Tat, um so zur Überführung oder Schuldlosstellung des Angeeschuldigten zu kommen.²⁾ Geht der Ermittlungsrichter, wenn sich weitere Untersuchungshandlungen als notwendig erweisen, über die gestellte Aufgabe hinaus,³⁾ so kommt er dem Typ des ehemaligen Untersuchungsrichters nahe. Seine Handlung bleibt aber eine Ausnahme und ein Einzelfall. Die Möglichkeit der Ablehnung reicht hier vollkommen aus, um das Vertrauen des Angeklagten in eine objektive Hauptverhandlung sicherzustellen.

2. Der ersuchte und beauftragte Richter

Nicht ausgeschlossen ist auch der ersuchte oder beauftragte Richter im Sinne des § 223 StPO in der Hauptverhandlung, in einer höheren Instanz oder im Wiederaufnahmeverfahren. Diese Richter sind bloße Ausführungsorgane des erkennenden Gerichts

1) Henkel, Heinrich, S. 304; Kern-Roxin, § 10 II

2) Schorn, GA 1963, 257, 273

3) Kleinknecht, § 162 Anm. 2, will dies dem Ermittlungsrichter ohne weiteres gestatten, da es dem mutmaßlichen Willen der Staatsanwaltschaft entspreche.

und haben nur bestimmte, fest umgrenzte Beweise zu erheben, ohne daraus Konsequenzen ziehen zu müssen.¹⁾ Sollte dennoch einmal ein solcher Richter über den Auftrag hinausgehen, so kann beim Rechtsmittel oder Wiederaufnahmeverfahren mit der Ablehnung geholfen werden. Sollte er in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszuges mitwirken, so ist selbst dies nicht nötig,²⁾ da der ersuchte oder beauftragte Richter jetzt Mitglied des erkennenden Gerichts ist und die kommissarische Vernehmung Vorwagnahme eines Teils der Hauptverhandlung, also Hauptverhandlung selbst ist.³⁾

3. Der "Notstaatsanwalt"

Eine Sonderstellung nimmt der Amtsrichter im Rahmen des § 165 StPO ein. Bei Gefahr im Verzuge kann er die erforderlichen Untersuchungshandlungen auch ohne Auftrag des Staatsanwaltes vornehmen, wenn ein solcher nicht erreichbar ist. Schorn⁴⁾ will diesen Amtsrichter in dem Fall, daß er später erkennender Richter sein würde, von der Hauptverhandlung ausgeschlossen wissen. Das Gesetz weise hier dem Richter eine weitgehende Selbständigkeit in der Art und dem Umfang der Beweiserhebungen zu. Diese Ansicht läuft offensichtlich auf eine analoge Anwendung des § 23 Abs. III StPO alter Fassung, der den ehemaligen Untersuchungsrichter betraf, hinaus. Als Analogie zu § 23 Abs. III StPO alter Fassung ist diese Meinung aber meines Erachtens nicht zu halten. Der Amtsrichter darf nur bei Gefahr im Verzuge tätig werden, wenn also ein Staatsanwalt nicht zu erreichen ist. Er hat nur die im

1) BGHSt 9, 233, 234/235

2) a.A. Schorn, GA 1963, 257, 273

3) Kleinknecht, § 223 Anm. 1

4) Schorn, GA 1963, 257, 274

Moment unaufschiebbaren Untersuchungshandlungen durchzuführen und muß sofort die Angelegenheit an einen Staatsanwalt abgeben. Seine Tätigkeit ist in keiner Weise mit der eines ehemaligen Untersuchungsrichters zu vergleichen. Letzterer war Herr der Voruntersuchung und löste die Staatsanwaltschaft in der Leitung der Ermittlungen vollständig ab. Das Tätigwerden des Amtsrichters im Sinne des § 165 StPO rechtfertigt im Hinblick auf § 23 Abs. III StPO alter Fassung insoweit höchstens die Möglichkeit der Ablehnung.

Die Tätigkeit des Amtsrichters kann aber auch noch zu einer anderen Ausschlußnorm, § 22 Abs. IV StPO, in Beziehung gesetzt werden. Im Rahmen des § 165 StPO übt der Amtsrichter nämlich staatsanwaltliche Tätigkeit aus. Man spricht gemeinhin vom "Notstaatsanwalt."¹⁾ De lege lata kommt aber auch bei dieser Betrachtungsweise höchstens ein Ablehnungsrecht in Frage, da der Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich von einem formellen Staatsanwaltsbegriff²⁾ ausgeht. De lege ferenda sollte aber auch der Amtsrichter, der als Notstaatsanwalt tätig geworden ist, ausgeschlossen werden, weil bei ihm die gleichen Erwägungen Platz greifen wie beim Richter im Klagerzwangsverfahren.³⁾ Er übt materiell staatsanwaltliche Tätigkeit aus. Handlungen als Staatsanwalt und als Richter in derselben Sache vertragen sich nun einmal nicht, auch wenn sie noch so unbedeutend sind.

1) Kern-Roxin, § 1o II 2 b

2) vgl. oben S. 96

3) vgl. oben S. 93

C. Die Regelung in der ZPO

I. Vergleich zwischen § 23 StPO und § 41 Nr. 6 ZPO

Gemäß § 23 StPO ist ein Richter, der sich mit dem zu entscheidenden Prozeß schon vorher in seiner Eigenschaft als Richter zu beschäftigen hatte, in bestimmten Fällen von seinem Amt ausgeschlossen. Das Pendant dazu findet sich in der ZPO in § 41 Nr. 6. Danach ist der Zivilrichter aber nur dann ausgeschlossen, wenn er in einem früheren Rechtszuge oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei dem Erlaß der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat. Ausgenommen ist die frühere Tätigkeit als beauftragter oder ersuchter Richter.

Die Regelungen in der ZPO und in der StPO stimmen insoweit überein, als ein Richter, der in der unteren Instanz an einer Entscheidung beteiligt war, nicht als erkennender Richter in der höheren Instanz mitwirken darf. Denn auch im Zivilprozeß ist anzunehmen, daß einem solchen Richter die erforderliche Unbefangenheit fehlt, um die Richtigkeit der zuvor von ihm erlassenen oder miterlassenen Entscheidung überprüfen zu können.¹⁾

Abgesehen hiervon finden sich zwischen Zivilprozeßordnung und Strafprozeßordnung in bezug auf die richterliche Vorbefassung keine gesetzlich geregelten Gemeinsamkeiten mehr. Zwar gibt es im Zivilverfahren auch die Institute der Zurückverweisung (§ 565 ZPO) und der Wiederaufnahme (§ 578 ff. ZPO). Der Gesetzgeber der Zivilprozeßordnung hat ihnen aber hinsichtlich einer möglichen Befangenheit der Gerichts-

1) RGZ 105, 17; BGH, LM § 41 Nr.1

personen keine Aufmerksamkeit geschenkt. Es bietet sich daher ein Vergleich dahingehend an, ob die neue StPO-Regelung auch für den Zivilprozeß Gewinn zu bringen vermag. Ansonsten gibt es wegen der verschiedenen Struktur beider Verfahren keine Punkte mehr, die man direkt miteinander vergleichen könnte. Der Zivilprozeß kennt naturgemäß kein Eröffnungsverfahren und keine Untersuchungshaft, keinen **Ergänzungsrichter** oder **Notstaatsanwalt**.

II. Der Grundfall des § 41 Nr. 6 ZPO

Rechtsprechung¹⁾ und Lehre²⁾ **wenden** § 41 Nr. 6 ZPO nur in einem eng begrenzten Rahmen

an. Sie sind über den Wortlaut der Vorschrift nicht hinausgegangen. Ein Ausschluß soll wirklich nur dann erfolgen, wenn der Richter bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat. Dazu zählen nicht die bloße Mitwirkung bei der Verkündung, der Erlaß eines Beweisbeschlusses oder die Durchführung einer Beweisaufnahme.³⁾ Daß das Gesetz auch wirklich von einem engen Standpunkt ausgeht, läßt sich im Gegensatz zur StPO daran erkennen, daß es ausdrücklich den ersuchten oder beauftragten Richter vom Ausschluß ausnimmt, selbst wenn er eine Entscheidung in einem Zwischenstreit gefällt haben sollte (§ 366 ZPO).

1) RG, JW 1903, 289; RGZ 26, 383; 105, 17

2) Stein-Jonas-Pohle, § 41 Anm. III 6, Wieczorek, § 41 Anm. C II f; Rosenberg-Schwab, § 25 I 1; Schönke-Kuchinke, § 20 II; weitergehend jetzt Lent-Jauernig, § 14

3) vgl. Fn. 1) u. 2)

Die Regelung, den Ausschluß grundsätzlich an die Mitwirkung bei einer Entscheidung zu knüpfen, ist ebenso wie in der StPO sinnvoll. Zwar ist auch der Richter, der z.B. an einer Beweisaufnahme teilgenommen oder nur einer mündlichen Verhandlung beigewohnt hat, nicht mehr gänzlich unbefangen. Er hat sich über den Prozeß Gedanken gemacht und vielleicht auch schon Zeugenaussagen innerlich gewürdigt. Damit ist er aber noch nicht zu einem endgültigen Urteil gelangt. Für ihn ist es nicht schwierig - auch auf die Parteien und den unbefangenen Beobachter kann es nicht anders wirken -, seine Meinung bei überzeugenden weiteren Vorträgen und Beweisen zu revidieren. Anders ist die Situation bei dem Richter, der schon eine Entscheidung gefällt hat. Durch das Urteil gibt er zu erkennen, daß er sich zu einer bestimmten Auffassung durchgerungen hat und diese endgültig vertreten will. Hinzu kommt die Wirkung der Veröffentlichung der Entscheidung. Hat man erst einmal in dieser Art Stellung bezogen, so ist es verständlich, auch in der höheren Instanz die alte Meinung aufrecht erhalten zu wollen. Die Lage desjenigen, der bereits ein Urteil gefällt hat, unterscheidet sich somit ganz erheblich von der desjenigen, der lediglich während eines Verfahrens teilweise beteiligt war.

III. Nicht normierte mögliche Befangenheitssituationen, die § 41 Nr. 6 ZPO nahestehen

Ebenso wie im Strafverfahren kann es auch in der ZPO neben dem gesetzlich geregelten Fall der Vorbeurteilung zahlreiche Befangenheitssituationen auf-

grund der Tatsache geben, daß der erkennende Richter bereits mit dem Prozeßstoff in Berührung gekommen ist.

1. Armenrecht

Unter Armenrecht (§§ 114 ff. ZPO) versteht man die einstweilige Befreiung einer unbemittelten Partei von den Prozeßkosten; darüberhinaus gegebenenfalls auch noch eine Unterstützung der armen Partei durch Beiordnung eines Anwalts. Sein Zweck ist, die Inanspruchnahme der staatlichen Rechtspflegeorgane aus sozialen Gründen zu ermöglichen, wo sonst aus Mangel an Mitteln wegen des unvermeidlichen und selbst bei kleineren Streitgegenständen nicht unbeträchtlichen Kostenrisikos ein Rechtsstreit unterbleiben müßte.¹⁾ Der Zugang zu den Gerichten soll nicht den Begüterten vorbehalten bleiben.²⁾ Die Entscheidung über das Gesuch ist kraft Gesetzes dem Prozeßgericht zugewiesen (§ 118 ZPO). Diese Regelung dient der Prozeßökonomie, also der schnelleren Bearbeitung des ganzen Verfahrens.

Für die Befangenheit des über das Gesuch entscheidenden Richters könnte die Tatsache sprechen, daß das Gericht im Armenrechtsverfahren eine Prüfung des Prozeßstoffes dahin vorzunehmen hat, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 ZPO). Dieses Erfordernis allein kann aber für das Hauptverfahren keinen Ausschluß rechtfertigen. Man darf nämlich nicht verkennen, daß es sich bei dem Armenrechtsverfahren

1) Rosenberg-Schwab, § 90 I 1; Schönke-Kuchinke, § 90 I 1

2) BVerfGE 9, 124, 130; Rosenberg-Schwab, § 90 I 1

immer nur um eine abgekürzte Vorprüfung des Prozeßstoffes handelt,¹⁾ bei der eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich ist (§ 126 ZPO). Wenn auch die Rechtsverfolgung nicht aussichtslos sein darf, so bedeutet das nur, daß eine nicht ganz entfernte Möglichkeit des Obsiegens gegeben sein muß.²⁾ Für diese Feststellung dürfen aber die Anforderungen nicht überspannt werden.³⁾ Die Bewilligung des Armenrechts bedeutet daher keinesfalls, daß sich der Gegner des Antragstellers im Hauptprozeß schon auf der Verliererstraße bewegt. Die Würdigung der Beweise kann dem Hauptprozeß einen ganz anderen Ausgang geben.

Die Befangenheitsbesorgnis ist heute aber auch dadurch verringert, daß im Armenrechtsverfahren das Recht auf Gehör anerkannt ist (§ 118 a ZPO). Seither können die beteiligten Parteien z.B. bei eventuellen Zeugenvernehmungen zugegen sein und durch Fragestellungen falsche Eindrücke des Richters korrigieren.

Wird das Armenrecht abgelehnt, so muß es der Antragsteller - wenn er dennoch Klage erhebt - hinnehmen, daß dieselben Richter seinen Fall entscheiden. Das Armenrechtsverfahren ist lediglich zu seinen Gunsten geschaffen, um ihm eine erfolgsversprechende Rechtsverfolgung zu ermöglichen. Es handelt sich um eine reine Fürsorge des Staates.⁴⁾

1) Baumbach-Lauterbach, § 118 a Anm. 1 F; BGH, LM § 118 a Nr. 1

2) Blomeyer, § 130 I 2

3) Baumbach-Lauterbach, § 114 Anm. 2 C

4) Blomeyer, § 130 II 1

Das Gericht übt keine streitentscheidende Tätigkeit zwischen den Parteien aus, sondern befaßt sich mit der Frage, ob "gerichtliche Sozialhilfe" geleistet werden kann.¹⁾ Schon aus diesem Grunde muß sich der Antragsteller gefallen lassen, daß der Hauptprozeß von denselben Richtern entschieden wird.

Selbstverständlich ausgeschlossen ist der Richter dann, wenn er über ein Armenrechtsgesuch ablehnend entschieden hat und in der höheren Instanz über die Beschwerde (§ 127 ZPO) entscheiden soll. Dies ist ein typischer Fall des § 41 Nr. 6 ZPO.

2. Arrest und einstweilige Verfügung

Mit den Instituten des Arrestes (§§ 916 ff. ZPO) und der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) gibt das Gesetz dem Gläubiger ein Mittel in die Hand, das die Vollstreckung wegen einer Geldforderung bzw. die künftige Verwirklichung von Individualansprüchen sichern soll. Es handelt sich dabei um Verfahren, die dem Hauptverfahren vorangehen oder es begleiten und die mit einer Endentscheidung abgeschlossen werden (§§ 921 ff., 936 ZPO). Kraft Gesetzes urteilt dasselbe Gericht sowohl über das Haupt- als auch über das Sicherungsverfahren (§§ 919, 937 ZPO). Der Richter hat sich sowohl im Arrest- bzw. Verfügungs- als auch im Hauptverfahren mit demselben Sachverhalt zu befassen. Aufgrund dieser Tatsache könnte die Annahme der Befangenheit bei Antragsteller und -gegner in Betracht gezogen

1) Blomeyer, § 130 II 1

werden, je nachdem, ob der Antrag abgelehnt oder ihm stattgegeben wird.

Das Ausscheiden des gleichen Richters - auch auf ein Ablehnungsgesuch hin - ist aber durch das Wesen dieser Verfahren nicht geboten. Denn der Arrest- bzw. einstweilige Verfügungsprozeß verfolgt nicht den Zweck, ein Recht - hier den eingeklagten oder zu sichernden Anspruch - festzustellen, sondern den, eine vorläufige Sicherung des Gläubigers herbeizuführen.¹⁾ Es wird lediglich geprüft, ob die Tatsachen, die den Anspruch und Arrestgrund begründen sollen, glaubhaft gemacht sind.²⁾ Der Antragsteller braucht daher die entscheidungserheblichen Tatsachen nicht zur vollen Überzeugung des Gerichtes nachzuweisen, also keinen strengen Beweis zu führen.³⁾ Um schnell zu einer Entscheidung zu kommen, wird der Anspruch nur summarisch geprüft. Das Hauptverfahren kann ein ganz anderes Bild ergeben, zumal in manchen Fällen nicht einmal Glaubhaftmachung des Anspruchs erforderlich ist (§ 921 II 1 ZPO).

Interessant wird im Rahmen dieser Untersuchung bei der einstweiligen Verfügung noch folgender Fall: Ein Richter erläßt eine einstweilige Verfügung, wirkt aber nicht an dem auf einen Widerspruch hin ergangenen ablehnenden Urteil mit, ist aber an der Berufung gegen dieses Urteil beteiligt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wäre dieser Richter nur dann ausgeschlossen, wenn er unmittelbar an dem

1) Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckung, § 34 I

2) Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckung, § 35 I 3

3) Zum Begriff der Glaubhaftmachung vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 294

angefochtenen Urteil mitgewirkt hätte. Das hat er aber gerade nicht getan, sondern nur die einstweilige Verfügung erlassen. Dem Wortlaut nach käme also ein Ausschluß nicht in Frage. Der Sinn der herangezogenen Ausschlußnorm (§ 41 Nr. 6 ZPO) geht aber dahin, einen Richter stets dann von der Ausübung seines Amtes fernzuhalten, wenn er in einer anderen Instanz über die Rechtmäßigkeit seiner früheren eigenen Entscheidung zu befinden hätte.

Wenn diese Situation auch auf die hier beschriebene Konstellation zutreffen sollte, müßte man den Richter als ausgeschlossen bezeichnen.

Das Berufungsgericht hat im vorliegenden Falle zu prüfen, ob die Kammer des Landgerichts die unter Mitwirkung des betroffenen Richters erlassene einstweilige Verfügung zu Recht aufgehoben hat oder ob unter Aufhebung dieses Urteils die einstweilige Verfügung im zweiten Rechtszug zu bestätigen ist. Das ist aber genau die Situation, wie sie in § 41 Nr. 6 ZPO angesprochen wird. Der betroffene Richter ist daher in entsprechender Anwendung dieser Norm ausgeschlossen.¹⁾

3. Grundurteil, Teilurteil

Das Grundurteil und das Teilurteil sind besondere Urteilsarten des Zivilprozesses. Durch sie wird über einen bestimmten Teil (§ 301 ZPO) bzw. über den Grund der Klage (§ 304 ZPO) endgültig entschieden. Über den noch nicht behandelten Rest

1) so auch Wieczorek, § 41 C II f 2

bzw. über die endgültige Höhe des Anspruchs muß im selben Rechtszug noch eine Entscheidung gefällt werden.¹⁾ Aus der Tatsache, daß die Rest- bzw. endgültige Entscheidung im selben Rechtszug gefällt wird, ergibt sich schon, daß § 41 Nr. 6 ZPO hier direkt keine Anwendung finden kann. Darüber hinaus liegt aber auch nicht die typische Situation des Vorbehaftseins vor. Ist ein Teil des Rechtsstreits bereits durch ein Teilurteil entschieden, so wird bei der Bearbeitung des Restes nicht das Teilurteil überprüft, sondern über einen ganz anderen Komplex erstmalig geurteilt. Selbst wenn beide Teile stark miteinander zusammenhängen, so sind immer noch zwei gesonderte Prozeßteile gegeben, die einen Ausschluß oder eine Ablehnung nicht erforderlich machen. Der Richter entscheidet über eine andere Sache. Die Erwägung, daß von ihm nicht erwartet werden kann, sein eigenes Urteil einer unbefangenen Nachprüfung zu unterziehen, stellt sich in diesen Fällen nicht.

Dieselben Überlegungen gelten für das Grund- und Betragsverfahren. Soweit der Richter nach vorausgegangenem Grundurteil im Verfahren über die Höhe tätig wird, handelt es sich nicht um eine Überprüfung der über den Grund des Verfahrens ergangenen Entscheidung. Das Grundurteil ist vielmehr eigener Rechtskraft fähig (§ 304 Abs. II ZPO) und kann im Verfahren über den Betrag nicht mehr in Frage gestellt werden.²⁾

1) vgl. zum Teilurteil Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 304; Rosenberg-Schwab, § 58 II 2; zum Grundurteil Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 304; Rosenberg-Schwab, § 58 III

2) Rosenberg-Schwab, § 58 IV 2

Aus den gleichen Gründen ist demnach auch ein Richter im höheren Rechtszug weder ausgeschlossen noch ablehnbar, wenn er in erster Instanz lediglich an dem nicht angefochtenen Teil- bzw. Grundurteil mitgewirkt hat, jetzt aber über einen anderen Teil bzw. über den Betrag entscheiden muß.¹⁾

4. Vollstreckungsgegenklage, Abänderungsklage, Nachverfahren, Vergleichswiderruf

Die drei ersten Rechtsinstitute haben zwar streng dogmatisch gesehen, keine Berührungspunkte miteinander,²⁾ können aber unter dem speziellen Blickwinkel des Ausschlusses von Gerichtspersonen zusammengefaßt werden. Auf einen Nenner gebracht, läßt sich die Situation wie folgt charakterisieren. Nach Erlaß eines Urteils ergeben sich Tatsachen (Vollstreckungsgegenklage, Abänderungsklage) oder es bestehen schon Tatsachen (Nachverfahren), die im ersten Urteil nicht berücksichtigt werden konnten oder nicht berücksichtigt werden durften.

Typisch auch für diese Rechtsinstitute ist, daß das weitere Verfahren nicht in einem höheren Rechtszug, sondern in derselben Instanz erfolgt (§§ 767 ZPO, 323 ZPO, 302 ZPO). Abgesehen davon liegt die besondere Bedeutung für das Ausschlußrecht darin, daß der Richter nicht über seine zunächst gefällte Entscheidung richten muß. Vielmehr hat er neue Tatsachen zu berücksichtigen, die er im ersten Verfahren nicht kennen konnte oder nicht verwerten durfte und die er somit vollkommen losgelöst vom

1) vgl. BGH, LM § 41 Nr. 1

2) vgl. Rosenberg-Schwab, § 159 V m. w. N.

bisherigen Prozeßablauf neu zu würdigen hat. Selbst wenn man nicht umhin kann anzuerkennen, daß Beziehungen zwischen dem alten und neuen Verfahren bestehen, so handelt es sich rechtlich doch um zwei so verschiedene und von einander unabhängige Komplexe, daß ein Ausschluß als unverständlich bezeichnet werden müßte, ja selbst ein Ablehnungsrecht nicht Platz greifen darf.

Eben aus denselben Gründen ist auch ein Richter, der im zweiten Rechtszug über das Nachverfahren, die Vollstreckungsgegenklage oder Abänderungsklage zu entscheiden hat, nicht ausgeschlossen, wenn er im ersten Rechtszug nur das Vorbehaltsurteil oder die Urteile, die mit der Vollstreckungsgegenklage bzw. Abänderungsklage angegriffen werden, erlassen hat.¹⁾

Etwas anders stellt sich die Situation beim Vergleichswiderruf bzw. der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eines Vergleiches dar. Der bisherige Prozeß wird weitergeführt, dabei über die Wirksamkeit des Vergleichs entschieden und gegebenenfalls der Prozeß zur Entscheidung gebracht.²⁾ Es handelt sich dabei um den fortgesetzten ursprünglichen Rechtsstreit. Eine Vorbefassung mit dem Rechtsstoff im eigentlichen Sinne wie z.B. beim Armenrecht oder der einstweiligen Verfügung liegt nicht vor. Auch eine Entscheidung ist dem Richter noch nicht abgefordert worden. Hier den Gedanken des Ausschlusses überhaupt anzubringen, wäre abwegig.

1) RGZ 148, 199, 200; Stein-Jonas-Pohle, § 41 III, Baumbach-Lauterbach, § 41 Anm. 2 F; Rosenberg-Schwab, § 25 I 1; Kornblum, S. 161

2) vgl. Rosenberg-Schwab, § 132 m.w.N.

Ein anderes Ergebnis könnte höchstens beim Rücktritt vom Prozeßvergleich in den Bereich des Möglichen gezogen werden. Aber selbst wenn man der Meinung des BGH¹⁾ folgt, mit dem Rücktritt finde der alte Prozeß sein Ende, so besagt dies lediglich, daß das Klagebegehren in einem neuen Prozeß weiter verfolgt werden muß. Im übrigen ergibt sich zur obigen Darstellung kein Unterschied.

5. Versäumnisurteil

Erscheint der Kläger oder der Beklagte zur mündlichen Verhandlung nicht, so kann das Gericht bei Vorliegen der vom Gesetz geforderten Voraussetzungen ein Versäumnisurteil erlassen (§§ 331, 332 ZPO). Der Partei, gegen die das Versäumnisurteil erlassen ist, steht das Rechtsmittel des Einspruchs zu (§ 338 ZPO). Ist der Einspruch als zulässig anerkannt, so wird der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand (§ 342 ZPO). Der Einspruch ist somit kein Rechtsmittel, weil die Entscheidung über ihn nicht in einer höheren Instanz anfällt und keine eigentliche Nachprüfung des Versäumnisurteils erfolgt.²⁾

Aus der Wirkung des zulässigen Einspruchs ergibt sich auch schon, daß der Richter, der das Versäumnisurteil erlassen hat, im weiteren Verfahren nicht ausgeschlossen sein kann. Eine solche Ausnahme wäre überhaupt unsinnig, da nach zulässigem Einspruch das Verfahren genau von dem Punkt an weiterläuft, an den es vor Erlaß des Versäumnisurteils gelangt ist. Das Versäumnisurteil vermag die Einheitlichkeit des Verfahrens nicht zu zerstören.³⁾

1) BGHZ 16, 388 ff.; a.A. Rosenberg-Schwab, § 132 IV 3; Bruns, § 30 III 2; BAG, JZ 1961, 452

2) Baumbach-Lauterbach, § 338 Anm. 1

3) Rosenberg-Schwab, § 108 VIII 3

Schwieriger zu entscheiden ist aber schon die Frage, ob ein Richter im Berufungsverfahren gegen ein kontradiktorisches Urteil im Sinne von § 343 ZPO auch dann ausgeschlossen ist, wenn er zwar nicht an dem angefochtenen Urteil selbst, wohl aber am Versäumnisurteil gegen die zunächst nicht erschienene Partei mitgewirkt hat. Das BAG¹⁾ will der von Wieczorek²⁾ vertretenen Meinung folgen und den Ausschluß dann annehmen, wenn es sich um ein nach § 331 ZPO gegen den säumigen Beklagten erlassenes Versäumnisurteil handele, das gemäß § 343 ZPO aufrecht erhalten worden ist. Das BAG vertritt diese Meinung deshalb, weil der Richter vor Erlaß des Versäumnisurteils die Schlüssigkeit des Klägervorbringens hätte feststellen müssen, bei dem Berufungsverfahren gegen das Endurteil des ersten Rechtszuges dieselbe Untersuchung vorzunehmen habe und somit gezwungen sei, sein eigenes Urteil zu überprüfen. Des weiteren komme ein formeller Grund hinzu. Werde ein gegen den Beklagten erlassenes Versäumnisurteil aufrecht erhalten, dann könne sich das Rechtsmittelgericht nicht darauf beschränken, das angefochtene Urteil abzuändern, sondern es müsse zugleich unter Aufhebung des Versäumnisurteils die Klage abweisen (§ 343 ZPO). Das Versäumnisurteil liege somit formell auch dem angefochtenen bestätigenden Urteil zu Grunde.

1) BAG, NJW 1968, 814/815

2) Wieczorek, § 41 Anm. C II f 2

Dieser Entscheidung kann nicht zugestimmt werden. Das BAG weist dem Umstand, daß bei Säumnis einer Partei ein Urteil erlassen werden kann, zu große Bedeutung zu. Dieses Urteil hat nämlich nicht die Bedeutung, daß sich der Richter endgültig festlegt. Er hat nur zu prüfen, ob zur Zeit die Schlüssigkeit des Klägervorbringens gegeben ist. Bejaht er diese Frage, so ist damit die Schlüssigkeit noch nicht immer rechtskräftig festgestellt. Wird nämlich Einspruch eingelegt, so muß der Richter zu jeder Zeit im weiteren Verfahren die Schlüssigkeitsprüfung neu vornehmen. Im übrigen kommt hinzu, daß er jetzt auch das Vorbringen des Beklagten berücksichtigen und eventuell Beweise erheben muß. Wird gegen das Endurteil Berufung eingelegt, so entscheidet der Berufsrichters über etwas materiell ganz anderes als das Versäumnisurteil. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß formal der Tenor des neuen Urteils dahingehend lautet, das Versäumnisurteil werde aufgehoben oder bestätigt. Dies ist deshalb erforderlich, weil das Versäumnisurteil noch als Vollstreckungstitel existent ist.

Die gerade behandelte Fallgestaltung liegt auch anders als die bei der einstweiligen Verfügung zuletzt erörterte Situation.¹⁾ Dort wurde im Berufungsverfahren untersucht, ob die einstweilige Verfügung zu Recht aufgehoben wurde oder nicht, also die einstweilige Verfügung selbst überprüft; hier dagegen wird nicht mit untersucht, ob das Versäumnisurteil zu Recht erlassen wurde, sondern nur, ob das Endurteil rechtmäßig ist.

1) vgl. oben S. 126/127

Folgt man dem BAG, so wäre der Weg nicht mehr weit, als Ausschlußgrund wegen Vorbefassung jede Tätigkeit des Richters anzusehen, in der er eine Schlüssigkeitsprüfung anstellen muß (z.B. einstweilige Verfügung, Armenrechtsgesuch, Beweisbeschluß) und irgendeine Entscheidung gefällt hat. Der Erlaß eines Versäumnisurteils - auch wenn es rechtskräftig werden kann - bedeutet nämlich keine Festlegung des Richters wie bei einem Urteil nach kontradiktorischer Verhandlung, bei der das Für und Wider der Argumente und die Beweise geprüft worden sind. Davon scheint aber das BAG ausgegangen zu sein.

6. Mitwirkung bei einem Parallelprozeß mit anderer Verfahrensordnung

Auf dieses Problem ist schon im Strafprozeß¹⁾ eingegangen worden. Es stellt sich für den Fall, daß der Zivilprozeß das spätere Verfahren ist, im Endeffekt nicht anders dar. Zwar wird man nicht leugnen können, daß der Richter in einem vorausgegangen Strafverfahren den Tatkomplex wegen des Untersuchungsgrundsatzes genauer hat prüfen können als umgekehrt. Das bedeutet aber nicht, daß die oben angedeuteten Gedanken hier nicht relevant wären und sich für den Komplex Ausschließung andere Gesichtspunkte ergäben. Hegt die im Strafverfahren verurteilte Prozeßpartei allerdings die Besorgnis der Voreingenommenheit, so wird man dem über den Weg der Ablehnung Rechnung tragen müssen.²⁾

1) vgl. oben S. 103 ff.

2) vgl. OLG Koblenz, NJW 1967, 2213/2214

VII. Zurückverweisung durch das Revisionsgericht

Im Gegensatz zur StPO hat das Revisionsgericht in der ZPO das Verfahren im Falle der Zurückverweisung nicht an einen anderen Senat¹⁾ zu verweisen. Vielmehr ist es in sein Belieben gestellt, es kann an einen anderen Senat verweisen (§ 565 I 2 ZPO). Zwar schlug schon im Jahre 1898 eine Reichstagskommission bei der Beratung einer Novelle zur ZPO vor, die Zurückverweisung an einen anderen Senat gesetzlich zu verankern.²⁾ Doch dieser Vorschlag fand im Plenum kein Gehör und wurde abgelehnt. Auch die Änderung des Strafprozeßrechts hat sich auf das Zivilverfahren nicht ausgewirkt. Ein genereller Ausschluß oder wenigstens die notwendige Zurückverweisung an einen anderen Senat sind auch nicht erforderlich. Einmal stehen hier die Parteien nicht unter dem Druck, gegen den Makel und die Folgen einer Bestrafung ankämpfen zu müssen. Zum anderen ist der Berufungsrichter kaum als befangen anzusehen, wenn das Berufungsurteil, an dem er mitgewirkt hat, wegen eines unübersehbaren Rechtsirrtums, wegen eines nicht direkt auf die Beweiswürdigung sich auswirkenden Prozeßverstoßes - also des größten Teils der absoluten Revisionsgründe (§ 551 ZPO) - oder wegen einer Gesetzesänderung nach Erlaß des Urteils aufgehoben worden ist.

Ansonsten kann bei der Zurückverweisung wegen Gesetzesverletzung (§ 550 ZPO) die Besorgnis der Befangenheit für die im Berufungsverfahren unterlegene Partei allein aufgrund der Vorbefassung nicht

1) Im Zivilverfahren ist nur der BGH Revisionsgericht (§ 133 GVG)

2) siehe dazu m.w.N. RGZ 53, 4 ff.

von der Hand gewiesen werden. Auch bei Vorliegen absoluter Revisionsgründe darf die anfechtende Partei dann Mißtrauen hegen, wenn die Berufungsentcheidung nicht mit Gründen versehen ist oder das Berufungsgericht bewußt die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens oder die Prozeßvertretung mißachtet hat (§ 551 Nr. 5 - 7 ZPO). Hier kann der anfechtenden Partei nicht widersprochen werden, wenn sie annimmt, das Gericht habe ihr gegenüber etwas zu verheimlichen oder setze sie bewußt hintan. Das gleiche gilt, wenn die Richter auf wiederholte Hinweise und Erklärungen einer Partei überhaupt nicht eingegangen sind. Dies ist aber schon eine Fallgestaltung, die den konkreten Ablehnungsgründen nahekommt.

Allgemein sieht die ablehnende Partei den Grund für ihren Schritt darin, daß der Richter sie schon einmal in rechtsfehlerhafter Weise benachteiligt hat und daß dieser sich nicht selbst verleugnen und über seinen Schatten springen kann. Zwar interpretierte das Reichsgericht¹⁾ die Möglichkeit der Zurückverweisung an einen anderen Senat dahin, daß dadurch lediglich im Interesse rascher Prozeß erledigung der Gefahr wiederholter Aufhebung des Berufungsurteils und der Rückverweisung an ein und denselben Senat vorgebeugt werden solle, weil die Oberlandesgerichte ihre verworfene Meinung doch wieder durchdrücken wollten. Wenn aber schon das damalige oberste Gericht davon ausging, das Berufungsgericht werde versuchen, seine alte Meinung aufrecht zu erhalten, wieviel mehr muß dann nicht

1) RGZ 53, 4 ff.

die Partei von dieser Möglichkeit ausgehen können und Befangenheit besorgen dürfen. Das Reichsgericht sieht das mögliche Verhalten des Berufungsgerichts nur im Hinblick auf die Prozeßökonomie und nicht von der Seite, die die Parteien besonders bewegt. Eine solche Sicht ist aber heute, wo man das Ablehnungsrecht von der Partei aus interpretiert, nicht mehr angebracht. Bei Zurückverweisung durch das Revisionsgericht muß daher mit Ausnahme der oben erörterten Fälle auch im Zivilverfahren ein Ablehnungsrecht zugestanden werden, wenn dieselben Berufungsrichter den Fall erneut zu entscheiden haben.

8. Wiederaufnahme des Verfahrens

a) Vergleich mit dem Wiederaufnahmeverfahren in der StPO

Im Gegensatz zur Strafprozeßordnung ist die ZPO in bezug auf den Ausschluß des Richters beim Wiederaufnahmeverfahren nicht geändert worden. Es gibt somit keine ausdrückliche Norm, die den Richter des angefochtenen rechtskräftigen Urteils bei der Wiederaufnahme ausschließt. Bis zur Änderung der StPO im Jahre 1964 war die Situation in beiden Verfahren die gleiche. Die Rechtsprechung¹⁾ und beim Zivilprozeß auch die Literatur²⁾ lehnten und lehnen einen Ausschluß hauptsächlich mit der formalen Begründung ab, das Wiederaufnahmeverfahren sei kein zweiter Rechtszug im Sinne des § 23 StPO a.F. bzw. § 41 Nr. 6 ZPO. Des weiteren kommt hinzu, daß die Gedanken an eine Befangenheit von der Richterschaft selbst und

1) Zum Strafprozeß siehe S.110 Anm. 1; zum Zivilprozeß RGZ 105, 17; 148, 199/200; OLG Düsseldorf, NJW 1967, 987

2) Stein-Jonas-Pohle, § 41 III 6; Baumbach-Lauterbach, § 41 II F; Rosenberg-Schwab, § 25 I 1, Kornblum, S. 160

der Rechtsprechung aus den gleichen Gründen wie schon beim Strafprozeß weit von der Hand gewiesen werden.¹⁾ Nach der Neufassung der StPO ergibt sich jetzt die Frage, ob auch die ZPO in diesem Punkt geändert werden soll oder ob die unterschiedliche Regelung durch Besonderheiten der beiden Verfahren oder besondere Umstände der Beteiligten gerechtfertigt ist. Dazu bedarf es zunächst der Untersuchung, wie die Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens in den beiden Prozeßordnungen ausgestaltet ist.

Kein Unterschied läßt sich beim Gang des Verfahrens erkennen. Wie auch in der StPO sind drei Stadien des Prozeßablaufs zu unterscheiden (§§ 589, 590 ZPO). Zunächst ist die Zulässigkeit des Verfahrens zu prüfen, ob die Klage an sich statthaft, also in der vorgeschriebenen Form und Frist erhoben ist. Sodann folgt das eigentliche Wiederaufnahmeverfahren, nämlich die Prüfung des Wiederaufnahmegrundes. Ist die Klage insoweit begründet, folgt als dritter und letzter Abschnitt die neue Verhandlung der Hauptsache. Während aber das Strafverfahren eine Wiederaufnahme zu Gunsten als auch zu Ungunsten des Angeklagten nur bei schwerer Erschütterung der Urteilsgrundlage (§§ 359, 362 StPO) vorsieht, kennt die ZPO zwei besondere Formen, um ein rechtskräftiges Urteil zu beseitigen: die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage.

Die Nichtigkeitsklage (§ 579 ZPO) ist bestimmt zur Geltendmachung schwerer Verfahrensmängel ohne Rück-

1) vgl. oben S.80 ; a.A. jetzt OLG Düsseldorf,
NJW 1971, 1221, 1222

sicht darauf, ob diese einen Einfluß auf den Inhalt der Entscheidung ausgeübt haben, weil wegen der Schwere dieser Mängel unwiderleglich vermutet wird, sie seien für die angefochtene Entscheidung kausal gewesen.¹⁾

Die Restitutionsklage (§ 58o ZPO) soll schwere Mängel der Urteilsgrundlagen beheben, wenn die Unrichtigkeit der Entscheidung auf ihnen beruht.²⁾

Die Restitutionsklage der ZPO entspricht dem Wiederaufnahmeverfahren des Strafprozesses, während die Nichtigkeitsklage in der StPO nicht geregelt ist.

Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich schon, daß bei der Erhebung der Nichtigkeitsklage in bezug auf den Ausschluß eines Richters, der das beanstandete Urteil erlassen oder miterlassen hat, die Regelung der StPO nur bedingt mit herangezogen werden kann, weil es hier außer der Durchführung eines neuen Hauptverfahrens keine Gemeinsamkeiten gibt.

Es wird sowohl bei der Nichtigkeits- als auch bei der Restitutionsklage zu prüfen sein, ob einmal schon hinsichtlich des eigentlichen Wiederaufnahmeverfahrens ein Ausschluß der Richter, die den Erstprozeß entschieden haben, erforderlich ist. Zum anderen wäre bei der Verneinung dieser Frage zu untersuchen, ob dann nicht wenigstens im neuen Hauptprozeß die Ausschließung angebracht wäre. Eine solche Unterscheidung zwischen den einzelnen Verfahrensstadien kann auf den ersten Blick unver-

1) Rosenbach-Schwab, § 16o I; Lent-Jauernig, § 76 II

2) Rosenbach-Schwab, a.a.O.; Lent-Jauernig, a.a.O.

ständig erscheinen. Kommt man aber bei der Untersuchung des eigentlichen Wiederaufnahmeverfahrens zu dem Ergebnis, daß hier Befangenheit generell nicht zu befürchten ist, bei einem neuen Hauptverfahren aber doch, so wäre es prozeßökonomisch, bereits im ersten Stadium im Hinblick auf ein eventuelles neues Hauptverfahren andere Richter einzusetzen, die den Fall nicht kennen. In vielen Fällen wird nämlich bereits die eigentliche Wiederaufnahmeklage abzuweisen sein, so daß es zu einem neuen Hauptverfahren gar nicht mehr kommt. In gewisser Weise ist ein Vergleich mit § 26 a StPO nicht ganz abwegig.

Nach diesen Vorerörterungen nun zur Nichtigkeitsklage.

b) Die Nichtigkeitsklage

aa) Die eigentliche Nichtigkeitsklage

(1) § 579 Abs. I ZPO

Gemäß § 579 Abs. I Nr. 1 ZPO kann das Verfahren wieder aufgenommen werden, wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war. Darunter fällt die Befähigung der mitwirkenden Richter zum Richteramt, die richtige Besetzung der Kammern und Senate.¹⁾

Man kann davon ausgehen, daß die falsche Besetzung eines Gerichts sich nicht über längere Zeiträume hinzieht, zumal sich dieser Mangel auf jeden Fall

1) Stein-Jonas-Grunsky, § 551 II 1; Baumbach-Lauterbach, § 551 Anm. 2

- wenn nicht schon früher - so doch bei der Geltendmachung der Fehlbesetzung durch eine Partei zeigt. Würde man von einer weiteren andauernden Fehlbesetzung ausgehen, so würde man dem Gericht einen permanenten Verstoß gegen Art. 101 Abs. I S. 2 GG nachsagen, der durch Berufung gegen das Urteil im Wiederaufnahmeverfahren oder durch Verfassungsbeschwerde beseitigt werden könnte. Der persönlich betroffene Richter nimmt am weiteren Verfahren kaum mehr teil und braucht daher auch nicht ausgeschlossen zu werden.

Nach § 579 Abs. I Nr. 2 und Nr. 3 ZPO findet die Nichtigkeitsklage statt, wenn ein ausgeschlossener oder ein nach Ablehnung für befangen erklärter Richter an der ersten Entscheidung mitgewirkt hat. Auch hier wird ein solcher Richter im Wiederaufnahmeverfahren nicht mehr mitentscheiden und die Frage nach dem Ausschluß somit gegenstandslos. Das ergibt sich schon daraus, daß die Nichtigkeitsklage versagt ist, wenn der Nichtigkeitsgrund im Hauptprozeß nicht übersehen, sondern durch Zwischenurteil oder in den Gründen des Endurteils ausdrücklich verneint worden ist.¹⁾ Hinzu kommt: Ist ein Richter im ersten Verfahren ausgeschlossen, so ist er es auch im Wiederaufnahmeverfahren, da dieses grundsätzlich nur zwischen den Parteien des Hauptverfahrens anhängig gemacht werden kann²⁾ und der Streitgegenstand der gleiche bleibt.³⁾ Dasselbe gilt für den für befangen erklärten Richter. Grundsätzlich hat eine solche Feststellung nur Wirkung für den Prozeß, für den die Befangenheit festgestellt wird.

1) Rosenberg-Schwab, § 161 II 3

2) Rosenberg-Schwab, § 162 II 1; Stein-Jonas-Grunsky, § 578 II

3) Rosenberg-Schwab, § 160 II 3

Das Wiederaufnahmeverfahren ist aber als Fortsetzung des alten Prozesses aufzufassen.¹⁾

Ist das Gericht im Wiederaufnahmeverfahren bei Geltendmachung der Verfahrensrügen Nr. 1 - 3 ohnehin anders besetzt, so bleibt die Frage nach einem Ausschluß nur noch für die persönlich nicht betroffenen Richter eines Kollegialgerichts, die bereits im Erstprozeß mitgewirkt haben. Diese wird man aber generell kaum als befangen ansehen können. Sie haben bei der Prüfung der Nichtigkeitsgründe lediglich eine Entscheidung zu treffen, bei der die Tatsachen normalerweise klarliegen, also keine Beweise zu erheben und zu würdigen und auch keine schwierigen materiell-rechtlichen Subsumtionen vorzunehmen sind. Befangenheit könnte allerdings dann befürchtet werden, wenn auf ausdrücklichen Widerspruch einer Partei das Gericht im Erstverfahren die Besetzung als vorschriftsmäßig anerkannt oder einen Ausschluß eines Richters als nicht gegeben angesehen hat. Da aber das Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 579 ZPO nur dann zulässig ist, wenn der behauptete Nichtigkeitsgrund im Prozeß übersehen worden ist,²⁾ wird diese Fallgestaltung hier überhaupt nicht relevant.

Gemäß § 579 Abs. I Nr. 4 ZPO findet die Nichtigkeitsklage auch dann statt, wenn eine Partei nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war. Da auch hier

1) Rosenberg-Schwab, § 160 II 4 m.w.N.

2) Hat das Gericht diese Frage im ersten Rechtszug geprüft, so kann die Entscheidung des Hauptprozesses nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß ihre Unrichtigkeit behauptet wird. Man käme sonst nie zu einer endgültigen Entscheidung, da auch das im Wiederaufnahmeverfahren ergangene Urteil erneut mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden könnte. So BGH in JZ 1959, 127; Stein-Jonas-Grunsky, § 579 I m.w.N.

das Gericht im Hauptprozeß die unvorschriftsmäßige Vertretung übersehen haben muß,¹⁾ kann man eine Befangenheit nicht annehmen, wenn jetzt das Verfahrenshindernis klar dargelegt wird.

(2) § 579 Abs. III ZPO

In § 579 Abs. III ZPO ist der Kreis der Nichtigkeitsgründe für das Schiedsurteil²⁾ erweitert worden. Die Klage kann hier unter anderem auch auf die Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs gestützt werden. Würde über diese Frage auch der Erstrichter entscheiden, so hätte man die Besonderheit, daß der Amtsrichter selbst darüber urteilen müßte, ob er das Recht des Klägers oder Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt hat. Diese Fallgestaltung entspricht in ihrem Wesen dem Sinn des § 41 Nr. 6 ZPO, der dem Unbehagen einer Partei Rechnung trägt, wenn der Richter über seine eigene Entscheidung befinden müßte.³⁾ Auch im vorliegenden Fall kann man die Befürchtung einer Partei nicht übersehen, der Richter werde nicht unbefangen an seine Aufgabe herangehen. Zwar trifft die weitere Voraussetzung des § 41 Nr. 6 ZPO hier nicht direkt zu, da das Wiederaufnahmeverfahren keinen höheren Rechtszug im Verhältnis zur ersten Instanz darstellt. Die Wiederaufnahme hat aber eine starke Ähnlichkeit mit den Rechtsmitteln der Berufung und Revision, wie sich z.B. in den §§ 583, 587, 589, 590 ZPO zeigt, so daß das Recht dieser Rechtsmittel zur Ausfüllung von Lücken analog verwertet werden darf.⁴⁾

1) vgl. oben S.141

2) Darunter versteht man das Urteil in einem Verfahren vor dem Amtsgericht, bei dem der Wert des Streitgegenstandes 50 DM nicht übersteigt (§510 c ZPO)

3) So auch OLG Düsseldorf, NJW 1967, 987

4) Rosenberg-Schwab, § 160 II 4

Schwab¹⁾ nennt sie daher auch außerordentliches Rechtsmittel. Diese starke Annäherung der Rechtsinstitute gestattet es, den vorliegenden Fall dem § 41 Nr. 6 ZPO unterzuordnen und den Amtsrichter bei der Wiederaufnahme eines Schiedsurteils vom Verfahren auszuschließen.²⁾

(3) Ergebnis

Als Ergebnis ist somit für das eigentliche Nichtigkeitsverfahren, das iudicium rescindens, festzuhalten, daß ein Ausschluß oder auch nur eine Ablehnung eines Richters, der im Erstverfahren mitgewirkt hat, einmal kaum akut wird und zum anderen unnötig ist. Eine Ausnahme bildet lediglich § 579 Abs. III ZPO (Verweigerung des rechtlichen Gehörs beim Schiedsurteil).

bb) Das neue Hauptverfahren

Steht somit fest, daß bei dem eigentlichen Nichtigkeitsverfahren keine Befangenheit zu befürchten ist, so ist jetzt zu untersuchen, ob bei einem eventuellen neuen Hauptverfahren eine solche Befürchtung besteht.

Hier hat der Richter - sollte er nicht bereits vorher aus dem Verfahren ausgeschieden sein -³⁾ sein erstes Urteil zu überprüfen. Es ergibt sich somit eine Konstellation, die dem Ausschlußgrund des § 41 Nr. 6 ZPO ähnlich sein könnte. Der Richter hat sich

1) Rosenberg-Schwab, § 16o II 4

2) Das OLG Düsseldorf, NJW 1967, 987, nimmt nur ein Ablehnungsrecht an.

3) vgl. oben S. 140, 141, 142

durch das Ersturteil in gewisser Weise festgelegt und soll jetzt erneut dazu Stellung nehmen. Würde man aber aufgrund dessen den Richter sofort wegen des Verdachtes der Befangenheit ablehnen oder ihn ausschließen können, so würde man den spezifischen Zweck der neuen Hauptverhandlung nicht berücksichtigen. Das Urteil soll nicht in erster Linie auf seine materielle Richtigkeit überprüft werden, Hauptzweck ist vielmehr die Beseitigung des Verfahrensmangels. Es soll sichergestellt werden, daß das Vertrauen in die Rechtsprechung durch nachträgliche Berücksichtigung des richtigen Verfahrens erhalten bleibt.¹⁾ Eine Änderung des ursprünglichen Urteils braucht aber nur dann zu erfolgen, wenn neue Tatsachen vorliegen oder neue stichhaltige Gesichtspunkte auftauchen, die das Rechtsproblem einer anderen Lösung zuführen. Der Fehler, der gerügt wird, liegt nicht in dem Urteilsausspruch selbst, sondern in dessen Vorfeld, der richtigen Besetzung des Gerichts etc. Auf einen Mangel der Urteilsgrundlage oder Verkennung der Rechtslage stützt sich die anfechtende Partei auch nicht. Ein Ausschluß oder eine Ablehnung der am neuen Hauptverfahren teilnehmenden Erstrichter kommt deshalb nicht in Frage.

Man kann sich jetzt allerdings noch den Einwand einer anfechtenden Partei vorstellen, die im neuen Hauptverfahren vor der Kammer wieder mitwirkenden Erstrichter seien von ausgeschiedenen Kollegen, deren unberechtigte Teilnahme am Vorprozeß sich mittlerweile herausgestellt hat, so beeinflusst, daß ein neues objektives Urteil nicht zu erwarten sei.

1) Lent-Jauernig, § 76 II

Dieser Einwand vermag aber nicht durchzudringen. Eine solche Situation kann sich in jedem Prozeß vor einem Kollegialgericht ergeben, haftet dieser Gerichtszusammensetzung als solcher an, vermag aber nur dann zur Ablehnung zu führen, wenn nach außen hin dafür Anzeichen vorliegen.

c) Die Restitutionsklage

Die zweite Form des zivilprozessualen Wiederaufnahmeverfahrens ist die Restitutionsklage. Sie entspricht dem Wiederaufnahmeverfahren in der StPO, das keine Nichtigkeitssklage kennt. Die Restitutionsgründe beruhen auf schweren Mängeln der Urteilsgrundlage des Vorprozesses, insbesondere ihrer Verfälschung durch strafbare Handlung (§ 58o Nr. 1 - 5 ZPO), ihres Wegfalls (§ 58o Nr. 6 ZPO) oder ihrer jetzt erst möglichen Vervollständigung durch wieder aufgefundene Urkunden (§ 58o Nr. 7 ZPO). Das angefochtene Urteil muß gerade auf dem von dem Restitutionsgrund betroffenen Teil des Urteilsstoffes begründet sein.¹⁾

aa) Die eigentliche Restitutionsklage

Bei der ersten der drei Verfahrensabschnitte, der Prüfung der Zulässigkeit der eigentlichen Restitutionsklage braucht man eine Befangenheit der Richter des Vorprozesses nicht zu befürchten. Die Einhaltung der Zulässigkeitsregeln - hier seien speziell nur die Rechtskraft des Ersturteils, das Vorliegen

1) Rosenberg-Schwab, § 161 II 2

eines Strafurteils, das Auffinden einer neuen Urkunde genannt - lassen sich konkret feststellen, ohne daß es einer Wertung bedarf.

Dagegen ist schon die Beurteilung der Vorurteilslosigkeit bei der Prüfung der Begründetheit anders. Die Situation ähnelt der des Strafverfahrens. Das Zivilgericht ist in den Fällen des § 58o Nr. 1 -5 ZPO nicht mehr an die Feststellung des Strafgerichtes gebunden, sondern kann selbst überprüfen, ob die strafbare Handlung begangen ist.

Die Fälle, bei denen ein Wiederaufnahmeverfahren auf eine strafbare Handlung gestützt ist, sind jedoch selten. Der größte Teil der Wiederaufnahmeanträge wird darauf gestützt, daß eine Urkunde, die eine günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde, aufgefunden wird (§ 58o Nr. 7 ZPO). Hier hat der Richter zu entscheiden, ob die Urkunde schon zur Zeit des Vorprozesses vorhanden war und bei genügender Sorgfalt hätte vorgelegt werden können.¹⁾

Man wird bei der Prüfung der Begründetheit der Restitutionsgründe die Befangenheitsbesorgnis einer Partei nicht verneinen können, weil im Gegensatz zur Nichtigkeitsklage die Urteilsgrundlage selbst angegriffen wird und der Richter Wertungen anstellen muß, ob neue Beweismittel sein altes Urteil erschüttern können. Dennoch braucht daraus nicht der Schluß gezogen zu werden, es müßte ähnlich wie im Strafprozeß der Ausschluß die Folge sein. Vielmehr genügt es, wenn die Parteien mit Ausnahme des § 58o Nr. 5 ZPO²⁾ die Richter ablehnen können.

1) Rosenberg-Schwab, § 161 II 3

2) vgl. dazu die Ausführungen unten auf S. 152

Der Ausschluß des Strafrichters rechtfertigte sich allein aus der psychologischen Situation des Angeklagten, dem durch den Ausschluß jeder Zweifel an der Überparteilichkeit des Richters genommen werden sollte. Eine solche Situation ist im Zivilprozeß nicht zu befürchten. Hier hat keiner gegen den Makel einer Verurteilung und deren Folgen für das tägliche Leben zu kämpfen. Die Folgen eines Zivilprozesses sind für die Parteien viel weniger einschneidend. Zwar ist nicht zu verkennen, daß es auch Prozesse gibt, die für eine Partei lebenswichtig sein können. Das werden aber immer Ausnahmen bleiben, denen im Einzelfall gerade auch durch die Ablehnungsmöglichkeit Rechnung getragen werden kann. Für die Wiederaufnahmegründe des § 58o Nr. 1 - 4 ZPO kommt noch folgendes hinzu. Es wird selten vorkommen, daß ein Zivilgericht von dem Strafurteil abweicht, weil letzteres aufgrund der Untersuchungsmaxime viel größere Möglichkeiten hat, der Wahrheit am nächsten zu kommen.

Bezüglich § 58o Nr. 7 ZPO muß berücksichtigt werden, daß beim Strafverfahren im Falle des ungefähr entsprechenden § 359 Nr. 5 StPO jegliche neuen Tatsachen und Beweismittel beigebracht werden können, die ZPO sich aber auf frühere Urteile oder Urkunden in derselben Sache beschränkt. Der Zivilrichter hat sich somit nur mit einem bestimmten Teil von Beweismitteln auseinanderzusetzen, und zwar solchen, die von sich aus schon eine größere Beweiskraft haben als andere Beweismittel. Die Gefahr, solche Urkunden als für das Wiederaufnahmeverfahren nicht geeignet abzutun, ist wesentlich geringer als die Ablehnung

von irgendwelchen anderen Tatsachen oder Beweismitteln, wie Zeugen etc.

bb) Das neue Hauptverfahren

Wird die Begründetheit der Klage bejaht, so muß der alte Rechtsstreit von neuem verhandelt werden, und zwar dahingehend, ob unter Berücksichtigung der strafbaren Handlung oder der wieder aufgefundenen Urkunde das alte Urteil bestätigt oder aufgehoben und eine neue Entscheidung verkündet werden muß.

Der im Vorprozeß unterlegene Restitutionskläger leitet seine Besorgnis, der Richter könne befangen sein, aus dessen Tätigkeit im Vorprozeß her. Es liegt nicht außerhalb einer vernünftigen Betrachtungsweise, daß der Restitutionskläger annimmt, der Richter werde - zum Teil unbewußt - versuchen, sein einmal gefällttes Urteil aufrecht zu erhalten und dabei dem neuen Vorbringen mit Skepsis gegenüberstehen.¹⁾ Aus diesem Grunde, weil nämlich ein Verurteilter aus seiner Sicht nicht überzeugt zu sein braucht, von dem Richter, der ihn bereits verurteilt hat, eine objektive, von sachfremden Erwägungen freie Entscheidung über die beantragte Aufhebung des früheren Urteils zu bekommen, hat die StPO den Ausschluß dieses Richters ausgesprochen.

Wenn auch im Zivilverfahren nicht der psychologische Druck auf den Parteien lastet, wie das bei Straf-

1) vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1971, 1221, 1222

verfahren der Fall ist, so kann doch die gleiche verfahrensrechtliche Lage nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben. Der im Vorprozeß unterlegenen Partei muß ein Ablehnungsrecht zustehen. Das trifft ganz besonders für Ehe- und Verleumdungsprozesse zu, in denen die psychologische Belastung der Parteien ebenfalls sehr hoch sein kann.

Bedenken könnten jedoch dann gegen die Möglichkeit der Ablehnung angebracht sein, wenn man der Auffassung des BGH¹⁾ zum Sinn und Zweck der Restitutionsklage folgt. Deren eigentlicher Grund sei es nicht, dem Restitutionskläger zu ermöglichen, daß an die Stelle eines eventuell falschen Urteils ein anderes, der sachlichen Rechtslage gerecht werdendes tritt. Sie sei vielmehr geschaffen, um die Autorität des Staates und der Gerichte zu wahren. Die Einrichtung der Wiederaufnahme des Verfahrens solle verhindern, daß durch fehlerhaften Entscheidungen der Gerichte diese schließlich soviel an Autorität einbüßen, daß der Prozeß auch seinen Zweck, den Rechtsfrieden zu wahren, nicht mehr oder nur unvollkommen erfülle, weil allgemein das Vertrauen verloren gegangen sei, daß die von den Gerichten getroffenen Entscheidungen das Recht verwirklichen.

Dieser Ansicht kann heute jedoch nicht mehr zugestimmt werden. Sie ist viel zu sehr auf den Staat, der die Rechtspflege zur Verfügung stellt, bezogen als auf den Rechtsschutz suchenden Bürger. Die Parteien sind nicht Objekte, sondern Subjekte des Verfahrens, um deren Recht es letztlich geht. Wenn

1) BGHZ 46, 300, 302

auch der Aspekt, den der BGH¹⁾ angesprochen hat, nicht übersehen werden soll, so ist im Wiederaufnahmeverfahren doch auch das subjektive Recht der Parteien Schutzobjekt.²⁾ Der im Prozeß unterlegenen Partei soll die Möglichkeit gegeben werden, trotz materieller Rechtskraft die Unrichtigkeit des Urteils geltend zu machen.

cc) § 58o Nr. 5 ZPO

Eine Besonderheit muß jedoch für den Fall des § 58o Nr. 5 ZPO gelten. Nach dieser Vorschrift ist als Restitutionsgrund anzusehen, wenn der Richter eine mit Strafe bedrohte Amtspflichtverletzung begangen hat. Ein solcher Richter muß in allen Verfahrensabschnitten ausgeschlossen sein. Jede andere Entscheidung wäre unvorstellbar und würde der Rechtsprechung allgemein größten Schaden zufügen. Diese Ansicht wird auch vom OLG Düsseldorf³⁾ und von Grunsky⁴⁾ geteilt. Schwab⁵⁾ bezeichnet diese Meinungen allerdings als obiter dictum. Der Ausschluß dürfte aber eigentlich so selbstverständlich sein, daß es keines weiteren Kommentares bedarf. Das Gesetz sah es nicht einmal als notwendig, weil selbstverständlich an, den Richter, der eine strafbare Handlung begangen hat, in den Ausschließungsgründen des § 22 Nr. 1 StPO aufzuführen.

1) BGHZ 46, 300, 302

2) so auch Stein-Jonas-Grunsky, Anm. II 1 vor § 578

3) OLG Düsseldorf, NJW 1967, 987

4) Stein-Jonas-Grunsky, § 58o II 5

5) Rosenberg-Schwab, § 16o II 3

d) Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß beim Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 579 Abs. I ZPO in allen Prozeßabschnitten ein Ausschluß oder eine Ablehnung des Erstrichters nicht in Frage kommt. Lediglich im Falle des § 579 Abs. III ZPO muß er ausgeschlossen sein.

Bei der Restitutionsklage (§ 580 ZPO) sollte der erneut befaßte Erstrichter sowohl im eigentlichen Restitutionsverfahren als auch bei der neuen Verhandlung des Prozeßstoffes abgelehnt werden können. Im Gegensatz zur StPO ist die Einführung eines Ausschlußgrundes nicht unbedingt notwendig. Nur im Falle des § 580 Nr. 5 ZPO muß der Erstrichter - auch ohne gesetzliche Normierung - ausgeschlossen sein.

D. Die Regelung des Arbeitsgerichtsgesetzes

Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist eine Sondergerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Arbeitssachen. Ihr Aufgabenbereich stellt zum größten Teil einen begrenzten, gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit kleineren Ausschnitt aus dem Bereich der bürgerlichen Streitsachen dar, der die Arbeitsverhältnisse abhängiger Arbeitnehmer erfaßt (Individualarbeitsrecht).¹⁾ Daneben gibt es den Sektor des kollektiven Arbeitsrechts. Dazu zählen z.B. die Beziehungen der Tarifvertragspartner. Es nimmt daher kein Wunder, daß in § 46 Abs. II ArbGG die Regeln der ZPO für anwendbar erklärt werden, soweit

1) Stein-Jonas-Pohle II D 6 vor § 1

nicht die Besonderheiten des speziell arbeitsrechtlichen Verfahrens Platz greifen. Somit haben im Arbeitsgerichtsprozeß auch die Normen der ZPO Geltung, die die Ausschließung von Richtern betreffen. Die im ArbGG selbst konzipierten Normen betreffen nicht das materielle, sondern nur das formelle Ablehnungsrecht (§§ 49, 64 Abs. III, 72 Abs. IV ArbGG), also das Ablehnungsverfahren.

Was den Ausschluß eines Richters wegen richterlicher Vorbefassung mit dem Prozeßstoff betrifft, so gilt aus den oben aufgeführten Gründen das gleiche wie im Zivilverfahren. Die Möglichkeit des Konfliktes ist aber im Arbeitsgerichtsprozeß begrenzter. Er ist als einfaches, schnelles und billiges Verfahren konzipiert.¹⁾ So spielt das Armenrechtsverfahren fast gar keine Rolle. Bei der Geringfügigkeit der Gerichtsgebühren und dem Fehlen jeglicher Vorschußpflichten (§ 12 Abs. III ArbGG) besteht für die erste Instanz selten ein Anlaß, das Armenrecht zu beantragen, zumal die Niederschlagung der den abgewiesenen Kläger treffenden Gerichtskosten wegen Armut eine vorherige Bewilligung des Armenrechts nicht zur Voraussetzung hat.²⁾ Des weiteren können eine Nichtigkeitsklage oder eine Revision nicht auf Mängel des Verfahrens bei der Berufung der Beisitzer oder auf Umstände, die die Berufung eines Beisitzers zu seinem Amt ausschließen, gestützt werden (§§ 79, 73 Abs. II ArbGG).

1) Dietz-Nikisch, ArbGG Einl.

2) siehe dazu Stein-Jonas-Pohle, Anm. 4 vor § 114

E. Die Regelung in dem FGG

Das fG-Verfahren kennt keinen Ausschlußgrund wegen richterlicher Vorbefassung. Das ist daraus zu erklären, daß die freiwillige Gerichtsbarkeit lange Zeit als eine Art Rechtsverwaltung betrachtet wurde, bei der ein gewisses Eigenbeteiligtsein nicht zu vermeiden und infolgedessen eine absolute Neutralität des handelnden Staatsbeamten weder sachdienlich noch erreichbar war.¹⁾ Des weiteren sah man in den Beteiligten lediglich Objekte staatlicher Fürsorgetätigkeit und befürchtete darüber hinaus Verzögerungen und eine Gefährdung des Fürsorgezwecks der staatlichen Tätigkeit, wenn man zu viele Ausschließungsgründe geschaffen und eine Ablehnungsmöglichkeit zugelassen hätte.²⁾

Seitdem sich aber immer mehr die Ansicht durchgesetzt hat, daß freiwillige Gerichtsbarkeit weitgehend Rechtsprechung ist und daß auch die sogenannten Rechtspflegeakte zur Rechtsprechung im weiteren Sinne zählen,³⁾ steht die rechtsstaatliche Anpassung des Verfahrens der fG zur Debatte. Zwar hat sich die Rechtsprechung bisher nur mit der Ablehnungsmöglichkeit und deren Verfahren beschäftigt.⁴⁾ Auch die richtungsweisende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁾ bezog sich lediglich auf das Ablehnungsrecht. Es kann aber nicht übersehen werden, daß es ein Grundsatz des rechtsstaatlichen Verfahrens ist, daß ein Richter, dessen Entscheidung

1) Habscheid, RPfleger 1964, 200, 201

2) Bärmann, S. 63, 64

3) vgl. Habscheid, RPfleger 1964, 200, 201 m.w.N.

4) BGH, NJW 1967, 155; OLG Köln, FamRZ 1968, 331; OLG Düsseldorf, OLGZ 1967, 387, 389

5) BVerfGE 21, 139

angefochten wird, bei der Entscheidung über dieses Rechtsmittel aus Gründen der objektiven Rechtskontrolle nicht mitwirken darf. Eine gewandelte rechtsstaatliche Anschauung verlangt heute nach gleichen Sicherheiten gegen Richterwillkür wie in der ZPO, StPO, VwGO etc. Eine Unvoreingenommenheit ist nicht mehr gewährleistet, wenn der untere Richter selbst die Richtigkeit seiner Arbeit überprüfen soll.

Demgegenüber kommt auch § 18 Abs. I FGG keine Bedeutung zu. Zwar ist der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit - außer bei Verfügungen, die der sofortigen Beschwerde unterliegen - berechtigt, eine von ihm erlassene Verfügung nachträglich zu ändern. In dieser Vorschrift kommt in besonderem Maße die Eigenart des fG-Verfahrens zum Ausdruck. Sie gestattet dem Gericht, seine Verfügung auch noch nach ihrem Erlaß mit der wirklichen Sach- und Rechtslage in Einklang zu bringen und trägt so dem rechtsfürsorgerischen Charakter dieser Verfahrensordnung Rechnung.¹⁾ Dabei handelt es sich nicht um ein Rechtsmittel, sondern um die Fortsetzung des Verfahrens. Durch diese Besonderheit rückt das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in die Nähe des Verwaltungsverfahrens.²⁾ Den Beteiligten stehen aber auch, wenn der Erstrichter nicht abhilft, die echten Rechtsmittel der Beschwerde und der weiteren Beschwerde zur Verfügung, aufgrund deren ein oberes Gericht über die Verfügungen der unteren Instanzen entscheidet. Für diese Überprüfung gelten die oben erwähnten Grundvoraussetzungen eines rechtsstaatlichen

1) Jansen, § 18 Rdn. 1

2) Bärmann, § 21 I

Verfahrens genauso wie in den anderen Verfahrensordnungen. Geht man von dem Sinn der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁾ aus, so muß die ZPO-Regelung auch ohne Gesetzesänderung für die freiwillige Gerichtsbarkeit anwendbar sein, solange keine Normierung in dem FGG selbst getroffen wird. Der Gesetzgeber hat diesen Gedanken schon vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in einem neueren Spezialgesetz, dem LwVG, Rechnung getragen und die Regelung der ZPO in § 11 für entsprechend anwendbar erklärt. Das gilt für alle Angelegenheiten nach diesem Gesetz, nicht nur für die streitigen.

Durch die entsprechende Anwendung des § 41 Nr. 6 ZPO²⁾ sind die Ergebnisse, die bei der Prüfung von Tatbeständen der richterlichen Vorbefassung anhand von § 41 Nr. 6 ZPO gewonnen wurden, auch auf die Vorbefassungstatbestände im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden, es sei denn, es würden Besonderheiten vorliegen, die eine andere Regelung verlangten. Davon kann aber keine Rede sein. Für die Bewilligung des Armenrechts gelten die §§ 114 ff. ZPO entsprechend (§ 14 FGG). Einstweilige Anordnungen³⁾ sind in einzelnen Spezialgesetzen ausdrücklich vorgesehen (§ 67 JWG; § 13 HausratsVO).

1) BVerfGE 21, 139

2) Bei den öffentlich-rechtlichen Streitsachen, die der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen sind, ist natürlich § 54 VwGO entsprechend anzuwenden; das macht aber keinen Unterschied, da die VwGO in diesem Punkt vollständig auf die ZPO verweist.

3) Die einstweilige Anordnung ist das Gegenstück zur einstweiligen Verfügung in der ZPO

Unabhängig davon erlaubt jedoch die Freiheit des fG-Richters bei der Verfahrensgestaltung überall dort eine einstweilige Anordnung, wo ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Einschreiten besteht und ein Abwarten den Beteiligten nicht zugemutet werden kann, weil die endgültige Entscheidung zu spät kommen würde.¹⁾ Diese einstweilige Maßnahme hat keine das Verfahren abschließende Wirkung. Sie dient ebenfalls wie die einstweilige Verfügung oder der Arrest nur der vorläufigen Regelung einzelner Verfahrenspunkte oder der vorläufigen Rechtssicherung bis zur Endentscheidung.²⁾

Ein Versäumnisverfahren kennt das FGG nicht;³⁾ ebenso nicht die Vollstreckungsgegenklage und Abänderungsklage, es sei denn, der Vollzug der Entscheidung erfolge ausdrücklich nach Vorschriften der ZPO.⁴⁾ Bei Teilentscheidungen⁵⁾ und Entscheidungen über den Grund⁶⁾ gibt es keine Abweichung von der ZPO. Die nachfolgenden Prozeßabschnitte sind von den abgeschlossenen ebenfalls unabhängig.

1) BayObLGZ 1961, 261; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 20 II 4 b

2) Bärmann, § 19 II 1 d; Habscheid, a.a.O.

3) Bärmann, § 15 II

4) Keidel-Winkler, § 33 Rdn. 7 m.w.N.; Jansen, § 33 Rdn. 7

5) Bärmann, § 19 II 2

6) Bärmann, § 19 II 1 e; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 23 I; bei streitigen Verfahren lassen sie eine solche Entscheidung ohne weiteres zu; in den klassischen Verfahren nur dann, wenn ein Bedürfnis dafür besteht.

Die Zurückverweisung¹⁾ der Sache durch das weitere Beschwerdegericht²⁾ wird im Gesetz nicht aufgeführt, aber als zulässig anzusehen sein.³⁾ Beruht die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung der Normen des § 551 ZPO (absolute Revisionsgründe) - § 27 S. 2 FGG verweist darauf -, so soll grundsätzlich zurückverwiesen werden.⁴⁾ Bei den anderen Gesetzesverletzungen (§ 27 S. 1 FGG) ist aber vorzusetzen, daß zu Sachfragen überhaupt noch keine Stellung genommen wurde oder die Ermittlungen unvollständig waren.⁵⁾ Wenn auch in der ZPO die Zurückverweisung gesetzlich die Regel ist, so darf doch nicht verkannt werden, daß dies wegen § 565 Abs. III ZPO praktisch nur dann der Fall ist, wenn die tatsächlichen Feststellungen zur endgültigen Entscheidung nicht ausreichen. Hinsichtlich des Befangenheitsproblems ergeben sich keine Unterschiede.

In dem FGG ist die Wiederaufnahme nicht erwähnt. Doch ist allgemein anerkannt, daß bei streitigen Prozessen die §§ 578 ff. ZPO Anwendung finden.⁶⁾ Aber auch im klassischen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit werden Wiederaufnahmeprozesse zugelassen, wenn Gründe vorliegen, die den Vorschriften der §§ 578 ff. ZPO entsprechen.⁷⁾

-
- 1) Damit sind nicht die Fälle gemeint, bei denen das Obergericht an das Amtsgericht zurückverweist, damit dieses dessen Entscheidung in die Praxis umsetzt. Hier ergeben sich keine Befangenheitsprobleme.
 - 2) Die weitere Beschwerde ist als Rechtsbeschwerde ausgestaltet.
 - 3) Bärmann, § 33 IV; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 35 IV 2; Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 31 D I
 - 4) Jansen, § 27 Rdn. 51
 - 5) Jansen, a.a.O.
 - 6) Bärmann, § 34 II; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 25 IV 2
 - 7) Bärmann, a.a.O.; Habscheid, a.a.O.

F. Die verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Die Ausschlußvorschriften der verwaltungsgerichtlichen Verfahren (§§ 54 VwGO; 51 FGO; 6o SGG) verweisen generell auf die ZPO, so daß deren § 41 Nr. 6 hier Geltung hat. Eine Abweichung von den Erkenntnissen des Zivilprozesses ist nur dann geboten, wenn die Verwaltungsgerichtsverfahren spezielle Prozeßgrundsätze aufweisen, die die Unbefangenheit des Richters tangieren könnten.

Die Bewilligung des Armenrechts richtet sich, soweit überhaupt vorgesehen, nach der ZPO (§ 166 VwGO; § 142 Abs. I FGO). Das SGG kennt in der ersten und zweiten Instanz überhaupt kein Armenrecht (§ 167 SGG). Die einstweiligen Anordnungen in der VwGO (§ 123 VwGO) und in der FGO (§ 114 FGO) entsprechen der einstweiligen Verfügung in der ZPO.¹⁾ Das SGG kennt keine einstweilige Anordnung (§ 198 Abs. II SGG).

Ein Versäumnisverfahren gibt es wegen des Grundsatzes der Amtsermittlung nicht.

Dagegen haben Grundurteil (§ 111 VwGO; § 99 FGO; § 13o SGG) und Teilurteil (§ 11o VwGO; § 98 FGO²⁾) ihren festen Platz. Das kann aber im Grunde ebenso dahinstehen wie die Fragen, ob es Vollstreckungsgegenklagen, Abänderungsklagen, Vergleichswiderrufe gibt. Wie schon im Zivilprozeß kann hier eine Besorgnis der Befangenheit nicht auftreten.

1) Eyermann-Fröhler, § 123 Rdn. 6; Ziemer-Birkholz, § 114 Rdn. 5

2) In dem SGG gilt § 3o1 ZPO über § 2o2 SGG entsprechend (Peters-Sautter-Wolff, Vorbem. 2 c zu § 123 - 142)

Das Revisionsgericht kann die Sache ebenfalls zurückverweisen (§ 144 Abs. III VwGO; § 126 Abs. III FGO; § 170 Abs. III SGG). Es besteht kein grundsätzlicher Unterschied zur ZPO. Ebenfalls übereinstimmend ist der Revision stattzugeben, wenn das angefochtene Urteil auf Verletzung von Bundesrecht beruht (§ 137 Abs. I VwGO; § 162 Abs. II SGG; § 118 Abs. I FGO; § 549 Abs. I ZPO). Auch die absoluten Revisionsgründe (§ 138 VwGO; § 119 FGO; bei dem SGG findet § 551 ZPO über § 202 Anwendung) sind dem § 551 ZPO nachgebildet. Im Gegensatz zu dieser Norm ist ein absoluter Revisionsgrund bei allen drei Prozeßordnungen dann nicht gegeben, wenn das Gericht seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat. Demgegenüber stellt aber hier die Versagung rechtlichen Gehörs durch den Richter erster Instanz ausdrücklich einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, der bei Zurückverweisung an denselben Richter zur Möglichkeit der Ablehnung führen muß. Beim Wiederaufnahmeverfahren verweisen alle drei Prozeßordnungen auf die ZPO (§ 153 VwGO; § 134 FGO; § 179 SGG). Im Hinblick auf die dortigen Ausführungen läßt sich die Entscheidung des OVG Lüneburg¹⁾ nicht mehr halten. Dieses Urteil liegt auf der auf den Seiten 80 und 81 dargelegten Linie der Rechtswissenschaft und Literatur und läßt weder Ausschluß noch Ablehnung zu. Gerade im Verwaltungsgerichtsprozeß kann die psychologische Lage des Wiederaufnahmeklägers in bestimmten Fällen (z.B. Führerscheinentzug, Konzessionsentzug) wegen der Auswirkung auf die berufliche Existenz der Lage des Angeklagten im Strafprozeß nahekommen.

1) OVG 22, 375 ff.

Der Sozialgerichtsprozeß kennt zwei Besonderheiten im Wiederaufnahmeverfahren. Einmal ist eine Wiederaufnahme schon dann zulässig (§ 179 Abs. II SGG), wenn ein Beteiligter strafrechtlich verurteilt ist, weil er wissentlich falsche Behauptungen aufgestellt hat, die für die Entscheidung von Bedeutung waren. Diese Norm steht aber in direktem Zusammenhang mit § 58o Nr. 1 und 4 ZPO.¹⁾ Anders als § 58o Nr. 1 ZPO erfordert § 179 Abs. II SGG kein Eidesdelikt, sondern nur eine Falschaussage; nach § 58o Nr. 4 ZPO muß das Urteil erschlichen sein, hier genügt, daß die fälschliche Behauptung von wesentlicher Bedeutung war. Ein Unterschied, der sich auf die Vorurteilslosigkeit des Richters auswirken könnte, ist nicht erkennbar.

Zum anderen sind gemäß § 18o SGG²⁾ weitere Wiederaufnahmemöglichkeiten gegeben. Dabei handelt es sich aber nicht um die Wiederaufnahme eines Gerichtsverfahrens, sondern um die Neubehandlung eines bestandskräftig gewordenen Verwaltungsaktes in einem gerichtlichen Verfahren. Das Problem der Befangenheit wegen richterlicher Vorbefassung kann sich daher hier überhaupt nicht stellen.

1) Peters-Sautter-Wolff, § 179 Anm. 3

2) § 18o Abs. I SGG: Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ist zulässig, wenn 1. mehrere Versicherungsträger denselben Anspruch endgültig anerkannt haben oder wegen desselben Anspruchs rechtskräftig zur Leistung verurteilt worden sind, 2. ein oder mehrere Versicherungsträger denselben Anspruch endgültig abgelehnt haben oder wegen desselben Anspruchs rechtskräftig von der Leistungspflicht befreit worden sind, weil ein anderer Versicherungsträger leistungspflichtig sei, der seine Leistung bereits endgültig abgelehnt hat oder von ihr rechtskräftig befreit worden ist.

Eine Besonderheit der Verwaltungsprozeßordnung ist die Anordnung der aufschiebenden oder wiederherstellenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage, wenn gemäß § 80 Abs. II VwGO die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln gegenüber Verwaltungsakten gesetzlich nicht vorgesehen oder sie von der Behörde besonders angeordnet ist (§ 80 Abs. V VwGO). Hier kommt der Verwaltungsrichter bereits vor dem eigentlichen Hauptverfahren mit dem Prozeßstoff in Berührung und hat sich eine Meinung zu bilden, so daß von einer gänzlichen Unbefangenheit in bezug auf das Hauptverfahren nicht mehr gesprochen werden kann. Das Verfahren nach § 80 Abs. V VwGO bietet jedoch nur vorbeugenden, sichernden Rechtsschutz. Es ist das Pendant zu § 123 VwGO bei der Gestaltungsklage. Der Richter hat sich bei der Entscheidung über die Aussetzung der Vollziehung größter Zurückhaltung zu befleißigen, weil sich in diesem Stadium die Aussichten für das Ergebnis des Hauptprozesses nur schwer beurteilen und übersehen lassen.

Seine Entscheidung beruht vor allem auf einer sorgfältigen Abwägung der Interessen des Betroffenen an der aufschiebenden Wirkung gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit an der Vollziehung.¹⁾ Es handelt sich nur um eine summarische Prüfung der Rechtslage, die für den Ausgang des Hauptverfahrens nicht unbedingt entscheidend ist. Der Richter ist gerade wegen der summarischen Prüfung noch nicht festgelegt, vielmehr neuen Gegebenheiten gegenüber nicht unaufgeschlossen. Im Interesse der schnellen

1) Eyermann-Fröhler, § 80 Rdn. 47; Redeker-von Oertzen, § 80 Rdn. 16, 38; Ule, § 66 II 1, 2

Prozeßerledigung ist es auch von Bedeutung, daß ein und derselbe Richter das ganze Verfahren durchzieht. Der Gesichtspunkt der Vorbefassung fällt nicht so schwer ins Gewicht, als daß er zur Besorgnis der Befangenheit Anlaß gäbe.

Ähnliches gilt für die FGO. Da durch die Erhebung der Klage grundsätzlich nicht die Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts gehemmt wird (§ 69 Abs. I FGO), kann hier das Gericht die Vollziehung ebenfalls ganz oder teilweise aussetzen (§ 69 Abs. III FGO). Das SGG kennt aufgrund der Tatsache, daß es grundsätzlich nur den Bereich der Daseinsvorsorge betrifft, keine Aussetzung der Vollziehung oder Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Verwaltungsaktes.

G. BVerfGG

Der Gesetzgeber hat dem Wortlaut nach für das BVerfGG keine eigene Ausschlußnorm wegen richterlicher Vorbefassung konzipiert. Das BVerfGG spricht in § 18 Abs. I Ziff. 2 lediglich von einem Tätig-gewesensein von Amts oder Berufs wegen in derselben Sache. Darunter fällt aber ohne Zweifel auch die Tätigkeit des Richters in den einzelnen Gerichtsbarkeiten, wenn der jetzige Verfassungsrichter in der verfassungsrechtlich zu überprüfenden Rechtsangelegenheit bereits mitgewirkt hat. Auch in Verfassungsstreitigkeiten ist davon auszugehen, daß bei einem Richter, der bereits in derselben Sache im Ausgangsverfahren eine Entscheidung getroffen hat, die notwendige Neutralität gegenüber dem zu entscheiden Stoff nicht mehr besteht.

Man wird aber auch hier davon ausgehen müssen, daß unter Mitwirkung nur der Fall zu verstehen ist, daß der Richter eine Entscheidung gefällt hat, die einen Rechtszug abschloß. Nur dann hat er sich in den für die angefochtene Entscheidung maßgeblichen Sach- und Rechtsfragen eindeutig festgelegt. Ein sonstiges richterliches Tätigwerden vermag einen Ausschluß nicht herbeizuführen.¹⁾ Diese Auslegung entspricht derjenigen, die auch bei den anderen Verfahrensordnungen gewählt wurde und bietet sich vernünftigerweise auch gerade deshalb an, weil § 18 BVerfGG auf den allgemeinen Normen der ZPO und der StPO aufbaut.²⁾

Der Hauptunterschied zu den anderen Verfahrensordnungen besteht mit Ausnahme des § 18 Abs. 3 BVerfGG, der einer spezifischen verfassungsrechtlichen Komponente Rechnung trägt, lediglich darin, daß die einzelnen Ausschlußgründe in ihrem Wortlaut wesentlich komprimiert sind, d.h. die Ausschlußstatbestände globaler beschrieben werden.

1) Leipholtz-Rupprecht, § 18 Anm. 2; vgl. die Ausführungen zu § 41 Nr. 6 ZPO auf S. 121 bzw. zu § 23 StPO auf S. 82

2) BVerfG, JZ 1966, 312, 313; 1966, 704

Zusammenfassung

Eines der umstrittensten Gebiete des Ausschlußrechts ist die Vorbefassung des Richters mit der zu entscheidenden Sache. Alle Verfahrensordnungen außer dem FGG schließen den Richter aus, der in einer unteren Instanz an einer Entscheidung mitgewirkt hat und dieselbe Entscheidung in einer höheren Instanz überprüfen müßte. Wegen der verfahrensmäßigen Besonderheit muß die Strafprozeßordnung auch den Untersuchungsrichter und wegen der psychologischen Spannungslage des Angeklagten den Erstrichter im Wiederaufnahmeverfahren ausschließen. Neben den gesetzlich erfaßten Formen der Vorbefassung gibt es noch viele Tatbestände, bei denen der Richter in seiner Eigenschaft als Richter vor der eigentlichen Entscheidung mit der Sache konfrontiert wird. Einer Ausdehnung der gesetzlichen Regelung oder analoger Anwendung schon bestehender Normen steht der größte Teil der Rechtsprechung und auch ein Teil der Literatur ablehnend gegenüber. Trotzdem sollten im Strafrecht der Richter im Klageerzwingungsverfahren und der Notstaatsanwalt gesetzlich ausgeschlossen werden. Unter anderem im Falle des § 354 Abs. II StPO sowie der vorherigen Teilnahme an einem Prozeß mit anderer Verfahrensordnung, aber mit gleichem Sachverhalt, sollte der Richter ohne weiteres abgelehnt werden können. Im Zivilprozeß ist in den meisten Fällen der Vorbefassung keine Befangenheit zu befürchten. Bei der Restitutionsklage und der Zurückverweisung durch das Revisionsgericht sollte der Erstrichter generell

abgelehnt werden können. Bei diesen beiden Prozeß-rechtsinstituten gibt es eine Gemeinsamkeit mit der StPO. Allerdings ist die strenge Übernahme der Ausschließung im Wiederaufnahmeverfahren nicht notwendig.

In das FGG muß aus rechtsstaatlichen Gründen § 41 Nr. 6 ZPO eingeführt, auf jeden Fall aber im fG-Verfahren analog angewandt werden. Bei den anderen Verfahrensordnungen (VwGO, FGO, SGG, ArbGG) ist aufgrund der Ausformung als Parteiverfahren die Regelung und Problematik die gleiche wie bei der ZPO.

2. Teil Vorbefassung nichtrichterlicher Art

A. Ausschluß des Vertreters oder Beistandes einer Partei sowie der Strafverfolgungsbehörden

Neben dem Ausschluß wegen richterlicher Vorbefassung kennen die Verfahrensordnungen (§ 41 Nr. 4 ZPO; § 22 Nr. 4 StPO; § 54 Abs. I VwGO, § 60 Abs. I SGG; § 51 Abs. I FGO, § 46 Abs. II ArbGG i.V. mit § 41 Nr. 4 ZPO; § 6 Abs. I Nr. 4 FGG) den Ausschluß eines Richters, wenn er mit dem Fall schon einmal in bestimmter anderer Weise in Berührung gekommen ist.

I. Zivilprozeßordnung

Gemäß § 41 Nr. 4 ZPO ist ein Richter in den Sachen¹⁾ ausgeschlossen, in denen er als Prozeßbevollmächtigter, Beistand oder gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder war. Dieser Norm liegt der Gedanke zugrunde, daß das Unbeteiligtsein an der Gestaltung und Verwaltung des Interessenkreises, über den der Richter zu entscheiden hat, ein dem Wesen jedes Richteramtes immanenter Grundsatz der Rechtsordnung ist und als solcher stets zu beachten sei.²⁾

1. Der gesetzliche Vertreter

Der gesetzliche Vertreter einer Partei repräsentiert im Hinblick auf die Willensbildung und die Willensbetätigung den Vertretenen in weitem Umfang. Er verkörpert nicht nur nach außen den Vertretenen, sondern hat auch den in die Tat umgesetzten Willen des Vertretenen selbst gebildet, so daß bei ihm eine Einheit von Entschlußfassung und entsprechendem Handeln gegeben ist.³⁾

1) Unter den Begriff derselben Sache wird heute die Gleichheit des Streitgegenstandes verstanden (RGZ 152, 9, 10; Stein-Jonas-Pohle, § 41 Anm. III 4; Wach, § 27 III 3 c; Wieczorek, § 41 Anm. C II d). Nach Schwab (Rosenberg-Schwab, § 25 I 1) reicht es aus, wenn der gleiche Streitpunkt betroffen ist. Damit scheinen wohl einzelne Teile des Streitgegenstandes gemeint zu sein. Eine genaue Abgrenzung muß dem einzelnen Prozeß überlassen bleiben.

2) Peters-Sautter-Wolff, § 60 Anm. 6

3) Kornblum, S. 154

Ausgeschlossen sind zunächst einmal die gesetzlichen Vertreter einer natürlichen Person, z.B. Eltern, Vormünder etc.¹⁾ Unter die Norm des § 41 Nr. 4 ZPO fallen aber auch alle gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person, z.B. eines Vereins (§ 26 BGB), einer AG (§ 78 Abs. I AktG), einer GmbH (§ 35 Abs. I GmbHG) etc.

2. Ausdehnung des § 41 Nr. 4 ZPO auf bestimmte Mitglieder der Organe von juristischen Personen

Die in § 41 Nr. 4 ZPO getroffene Normierung lediglich des "gesetzlichen" Vertreters könnte sich aber gerade für juristische Personen als zu eng erweisen. Kornblum²⁾ will auch die Mitglieder aller Organe von juristischen Personen im Schiedsgerichtswesen mehr oder weniger für ausgeschlossen erklären. Diese für die Schiedsgerichtsbarkeit entworfenen Gedanken können auch auf den staatlichen Prozeß übertragen werden. Eine juristische Person kann mehrere Organe haben, von denen aber nur ein Organ dazu berufen ist, die Gesellschaft oder den Verein gerichtlich oder außergerichtlich zu vertreten. Nur dieses Organ ist dann gesetzlicher Vertreter. Innerhalb des vertretungsberechtigten Organs können wiederum einzelne Mitglieder von der Vertretung ausgeschlossen sein (z.B. § 78 Abs. II AktG).

Besitzt eine juristische Person mehrere Organe (wie z.B. AG, GmbH, Genossenschaft), so wird ihre

1) In der StPO ist der Vormund in § 22 Nr. 2 besonders erwähnt.

2) Kornblum, S. 152 ff.

Willensbildung nicht allein durch das vertretungsberechtigte Organ,¹⁾ sondern auch von den anderen wahrgenommen. Der rechtlich relevante Wille einer juristischen Person kann also im Gegensatz zum gesetzlichen Vertreter einer natürlichen Person von verschiedenen Stellen gebildet werden. Da aber alle Organe einer juristischen Person bei ihrem Handeln diese Person selbst darstellen, ergibt sich unweigerlich ein Interessenkonflikt, wenn Mitglieder eines Organs, das einen Teil der Partei verkörpert, auf der anderen Seite als nebenamtliche Richter²⁾ in einer Kammer für Handelssachen über Ansprüche der juristischen Person entscheiden könnten. Ist, um mit Wach³⁾ zu sprechen, Grundgedanke des § 41 Nr. 4 ZPO, daß alle die Personen nicht Richter sein dürfen, die maßgeblich bei der Willensbildung und -betätigung einer Partei des Verfahrens mitwirken, so kann man nicht umhin festzustellen, daß diese Forderung auf die Organe juristischer Personen zutrifft.

Da die ZPO ausdrücklich nur den gesetzlichen Vertreter ausschließt, fragt es sich, ob insofern das Gesetz geändert werden sollte. Man wird bei näherer Betrachtung feststellen, daß ein Ausschluß der Mitglieder aller Organe zu weit gehen würde, man insofern eine vernünftige Auswahl treffen muß, die von der Verflechtung des einzelnen mit der juristischen Person abhängt.

1) Bei der AG der Vorstand, § 78 Abs. I AktG; bei der GmbH die Geschäftsführer, § 35 Abs. I GmbHG; bei der Genossenschaft der Vorstand, § 24 Abs. I GenG

2) Nur solche werden realistisch von dem Problem betroffen.

3) Wach, § 27 III 3 c

So würde es sich nicht mehr vertreten lassen, jeden Richter, der Aktien gekauft und somit Mitglied der Hauptversammlung oder an einer GmbH oder Genossenschaft beteiligt ist, von dem Rechtsstreit der Gesellschaft auszuschließen. Das leuchtet bei großen Gesellschaften ohne weiteres ein. Schwieriger wird es schon, wenn die Gesellschaften oder Vereine nur eine geringe Mitgliederzahl aufweisen oder gar Einmanggesellschaften sind. Eine genaue Festlegung, wann die rechtliche und tatsächliche Beziehung zwischen dem Mitglied und der juristischen Person schon übermäßig stark ist, ist schwer und nur im Einzelfall zu treffen. Eine gesetzliche Regelung dieser Situation würde sich daher im Rahmen des § 41 Nr. 4 ZPO nicht empfehlen. Vielmehr läßt sich eine hinreichende Lösung von Fall zu Fall bereits über § 41 Nr. 1 ZPO und das Recht der Ablehnung treffen.¹⁾

Aufgenommen werden sollten in die Liste der ausgeschlossenen dagegen die Aufsichtsratsmitglieder. Es handelt sich dabei um eine zahlenmäßig kleine Gruppe von Personen (vgl. § 95 AktG), denen aber durch das Gesetz sehr wichtige Aufgaben zugewiesen sind. Sie haben den Vorstand zu bestellen und abzu-berufen (z.B. § 84 AktG) und die Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen (z.B. § 111 AktG, § 38 GmbHG). Daneben bestehen noch einzelne andere Aufgaben (§§ 89, 112, 115, 171, 246 Abs. II AktG).

1) Das Mitglied einer juristischen Person ist wirtschaftlich mit dieser verbunden, also insofern mitberechtigt und mitverpflichtet. Wegen deren eigenständiger Rechtspersönlichkeit liegt aber keine unmittelbare rechtliche Beziehung vor, so daß ein Ausschluß gemäß § 41 Nr. 1 ZPO nicht in Frage kommt (vgl. dazu die Ausführungen auf S. 194ff.). Demgegenüber kann jedoch in dem Fall, daß die Mitgliederzahl der Gesellschaft außerordentlich klein ist, gerade wegen der dann gegebenen besonderen Nähe eine Ablehnung gerechtfertigt sein.

Hauptsache für den geforderten Ausschluß ist aber, daß durch die Aufsichtsratsmitglieder die Gesellschaft selbst handelt. Entscheidet ein solcher Richter, der einem Aufsichtsrat angehört, in Sachen der Gesellschaft, so kann man praktisch schon von einem Richten in eigener Sache sprechen.

Gesetzlich ausgeschlossen sollten auch die Mitglieder des Vorstands bzw. die Geschäftsführer sein, die nicht vertretungsberechtigt sind (z.B. § 78 Abs. III AktG).¹⁾ Das nicht vertretungsberechtigte Vorstandsmitglied nimmt auch die laufenden Geschäfte der Gesellschaft wahr. Durch seine Geschäftsführung beteiligt es sich an der Willensbildung der Gesellschaft, die dieser selbst zugerechnet wird.

3. Rechtsgeschäftliche Vertreter, Prozeßbevollmächtigte

Von einem Richten in eigener Sache kann allerdings bei dem durch Rechtsgeschäft bestellten Vertretern nicht mehr gesprochen werden. Zwar wird auch durch sie Willensbildung und -betätigung für einen anderen vorgenommen. Es fehlt aber die besonders enge Verbindung, wie sie z.B. beim Vorstand und Aufsichtsrat einer Gesellschaft besteht. Gerade durch die Organe wird die Gesellschaft handlungsfähig. Die Organe repräsentieren die Gesellschaft. Dieser Grund war ausschlaggebend, daß die Mitglieder der Organe einer juristischen Person im oben angeführten Rahmen ausgeschlossen werden sollen. Auf die rechtsge-

1) So schon für das Schiedsverfahren OLG Dresden, Sächs. Arch. 1894, 598, 600

schäftlichen Vertreter trifft er nicht zu. Hier kann in den Fällen, in denen Befangenheit zu befürchten ist, von der Ablehnungsmöglichkeit Gebrauch gemacht werden.

Neben dem gesetzlichen Vertreter schließt das Gesetz in seiner jetzigen Fassung auch den Prozeßbevollmächtigten und den Beistand einer Partei aus. Welche Personen darunter fallen, bestimmt die ZPO in den §§ 78 ff. und in § 90.¹⁾ Prozeßbevollmächtigter und Beistand sind Handlungsorgane einer Partei im Prozeß. Von ihrer geschickten Verhandlungsführung auch im vorprozessualen Bereich - hängt oft der Ausgang eines Rechtsstreits entscheidend ab. Daß nach herrschender Ansicht²⁾ die Bestellung zu dieser Tätigkeit ausreicht und nicht ein effektives Auftreten erforderlich ist, läßt sich nur damit erklären, daß es kaum möglich sein wird, zu erkennen, ob sich der Beistand oder Bevollmächtigte bereits so weit in die Sache eingearbeitet hat - ohne nach außen irgendwie tätig zu werden -, daß von einem unbeteiligten Dritten nicht mehr gesprochen werden kann.

1) Stein-Jonas-Pohle, § 41 Anm. III 4; Baumbach-Lauterbach, § 41 Anm. 2 D; Kornblum, S. 148

2) Stein-Jonas-Pohle, a.a.O.; Baumbach-Lauterbach, a.a.O.; Kornblum, S. 149

II. Strafprozeßordnung

Nach § 22 Nr. 4 StPO ist der Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn er in der gleichen Sache¹⁾ als Staatsanwalt, als Polizist, Anwalt oder Verteidiger tätig gewesen ist. Diese Norm stimmt mit der ZPO (§ 41 Nr. 4) nur insoweit überein, als die Tätigkeit der Rechtsbeistände in derselben Sache angesprochen wird. Die Prozeßbevollmächtigten oder Beistände in der ZPO entsprechen dem Anwalt oder Verteidiger in der StPO. Die Gründe für den Ausschluß dieser Personen sind die gleichen wie bei der ZPO.²⁾ Demgegenüber war es für den Strafprozeßgesetzgeber nicht nötig, den gesetzlichen Vertreter besonders für ausgeschlossen zu erklären. Die gesetzlichen Vertreter einer natürlichen Person werden schon durch die Nummern 2 und 3 des § 22 StPO erfaßt. § 22 Nr. 2 StPO erwähnt ausdrücklich den Vormund. Die Eltern eines Minderjährigen fallen unter den Begriff der geradlinigen Verwandtschaft in Nr. 3. In bezug auf den gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person stellt sich im Strafrecht kein Befangenheitsproblem. Eine juristische Person ist nicht straffähig, nur eine natürliche. Daher brauchte auch keine Regelung getroffen zu werden.

1) Unter Tätigwerden in der gleichen Sache verstand das RG die Beschäftigung mit derselben Straftat im Sinne des § 264 StPO (RGSt 28, 53/54; 57, 275, 277). Der BGH (BGHSt 9, 193, 195; BGH, GA. 1968, 280) geht noch weiter und läßt jeglichen sachlichen Zusammenhang mit dem jetzigen Verfahren ausreichen, der den Verdacht der Befangenheit begründen kann, z.B. Verurteilung von Anstiftern und Tätern in verschiedenen Verfahren. A.A. Dünnebiere (Löwe-Rosenberg-Dünnebiere, § 22 Anm. II 1), der unter derselben Sache nur die Ermittlung wegen derselben Tat gegen dieselbe Person verstehen will.

2) vgl. oben S. 172

Eine Selbstverständlichkeit mußte es für den Strafprozeß sein, den Staatsanwalt und den Polizeibeamten, die in der zu bearbeitenden Sache tätig waren, auszuschließen. Der besondere Zweck des § 22 Nr. 4 StPO wird von der Rechtsprechung¹⁾ dahin interpretiert, hierdurch solle das Strafverfahren nicht nur gegen wirklich vorliegende Voreingenommenheit geschützt, sondern schon vom Verdacht der Parteilichkeit entkleidet werden. Diese Definition nennt aber im Grunde keine anderen Kriterien als solche, die auch für alle anderen Ausschließungstatbestände zutreffen.²⁾ Der Hauptgrund liegt vielmehr in der Entscheidung für den Akkusationsprozeß schlechthin. Der Richter kann nicht zugleich Ankläger oder Mitarbeiter der Anklagebehörde sein. Eine solche doppelte Tätigkeit würde nicht nur gegen das Gebot der Unbeteiligt-heit, sondern auch gegen die Prozeßmaximen des heute geltenden Anklageprozesses verstoßen. Das gleiche gilt für die Beamten der Polizei. Sie sind teilweise Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft (§ 152 GVG). Auch wenn dies nicht der Fall ist, haben sie nach § 163 StPO von sich aus strafbare Handlungen zu erforschen und ihre Ergebnisse der Staatsanwaltschaft zu übermitteln. Sie werden also im Vorfeld dieser Behörde tätig.

Ein Tätigwerden in derselben Sache liegt natürlich dann nicht vor, wenn der Beamte ohne eigene Ermittlungen nur eine Anzeige im Sinne des § 159 StPO erstattet hat.

1) RGSt 28, 53, 54; 59, 267, 269; BGHSt 9, 193, 195

2) vgl. Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 22 Anm. II 1

III. FGG

§ 6 Abs. I Nr. 4 FGG stimmt mit der Regelung der ZPO insoweit überein, als er den Richter von der Entscheidung ausschließt, soweit dieser als gesetzlicher Vertreter eines Beteiligten aufzutreten berechtigt ist.

Nicht geregelt wird in dem FGG der Fall, daß der Richter Bevollmächtigter oder gesetzlicher Vertreter eines Beteiligten war. So kann z.B. ein früherer Vormund durchaus als Vormundschaftsrichter in Sachen seines ehemaligen Mündels fungieren. Da das fG-Verfahren - mit Ausnahme der in neuerer Zeit hinzugekommenen streitigen Materien - mehr zum Verwaltungsmäßigen, Rechtsgestaltenden, Fürsorgerischen hin tendiert, ist es in vielen Fällen sogar von Vorteil, wenn ein sachkundiger und mit den tatsächlichen Gegebenheiten bestens vertrauter Mann die Entscheidung fällt. Läßt man aus verfassungsrechtlichen Gründen auch in fG-Verfahren das Ablehnungsrecht zu, so ist den Beteiligten durch dieses Institut ausreichende Sicherheit gewährt, Befangenheitssituationen auszuschalten.

Die für den Zivilprozeß aufgeworfene Frage, ob auch die Mitglieder von Organen juristischer Personen, die nicht vertretungsberechtigt sind, ausgeschlossen sein sollen, stellt sich im fG-Verfahren kaum, da mit Ausnahme von Landwirtschaftssachen (§ 2 LwVG) nur Berufsrichter entscheiden.

Realistisch ist nur der Fall, daß der Grundbuch- oder Registerrichter, der dem Vorstand eines Vereins angehört, in Angelegenheiten dieses Vereins tätig werden muß. Da aber kein Verfahrensgegner vorhanden ist, der Benachteiligungen befürchten kann, ergeben sich auch hier keine Befangenheitsprobleme.

Unterschiedlich zur ZPO wird die Frage beantwortet, ob rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter ausgeschlossen sein sollen. Während die Zivilprozeßordnung in § 41 Nr. 4 lediglich die für das gerichtliche Verfahren bestellten Vertreter als unfähig ansieht zu urteilen, ist nach dem FGG jeder in der anhängigen Sache Beauftragte ausgeschlossen. Bei einer Angleichung der FGG an die ZPO braucht diese weite Fassung aus den oben erwähnten Gründen¹⁾ nicht übernommen zu werden.

IV. VwGO, SGG, FGO

Durch die §§ 54 Abs. I VwGO, 60 Abs. I SGG und 51 Abs. I FGO wird auch die Vorschrift des § 41 Nr. 4 ZPO entsprechend in diese Verfahrensordnungen übernommen. Während aber in Zivilprozessen das schutzwürdige Interesse der Parteien durch diese Norm voll erfaßt wird - sieht man von den vorgeschlagenen Erweiterungen einmal ab -, würde in den Verwaltungsgerichtsverfahren die entsprechende Anwendung allein keinen genügenden Schutz der "bürgerlichen" Partei gegenüber den Richtern gewährleisten, die der Behörde oder Körperschaft, deren

1) vgl. oben S. 171

Interessen unmittelbar betroffen sind, angehören¹⁾ oder früher angehört haben. So sind zwar durch die entsprechende Anwendung des § 41 Nr. 4 ZPO auch die Prozeßbevollmächtigten,²⁾ Beistände³⁾ und die gesetzlichen Vertreter ausgeschlossen. Es gibt aber bei den öffentlichen Körperschaften so viele Personen, die so eng mit der Gestaltung deren Interessen verbunden sind, daß von einer unbefangenen Beurteilung des streitigen Sachverhalts nicht ausgegangen werden kann. Diese Situation hat der Gesetzgeber gesehen und durch die Normierung der Abs. II der §§ 54 VwGO, 60 SGG und 51 FGO vorgebeugt. Danach ist auch derjenige als Richter ausgeschlossen, der an dem vorausgegangenen Verwaltungsverfahren beteiligt war. Ein Richter soll nicht über die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes entscheiden, den er selbst gesetzt oder an dem er mitgewirkt hat.⁴⁾

Des weiteren hat der Gesetzgeber in § 54 Abs. III VwGO und § 51 Abs. III FGO mit kleineren Abweichungen untereinander eine gesetzliche Befangenheitsvermutung für die Mitglieder der Vertretung einer Körperschaft, z.B. Mitglieder einer Kommunalvertretung, in § 60 Abs. III SGG für den Vorstand einer Körperschaft oder Anstalt konzipiert. Sieht

1) Dies kann in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit nur bei Ehrenbeamten der Fall sein (§ 22 Nr. 3 VwGO).

2) Anwälte; weiterhin die Angehörigen einer Behörde, die befugterweise im Verwaltungsstreitverfahren einen Schriftsatz unterschrieben haben, so OVG Münster, DöV 1965, 354

3) Beistände auf seiten der Körperschaft sind allerdings selten. Sie treten vielmehr als Helfer von Verbandsmitgliedern von Kriegeropferverbänden etc. auf; vgl. Peters-Sautter-Wolff, § 60 Anm. 6

4) vgl. zur Bedeutung der Mitwirkung an vorangegangenen Verwaltungsverfahren OVG Münster, OVG 20, 242; BVerfG, DöV 1959, 395; 1965, 354

man einmal von der oben behandelten Angleichung¹⁾ dieser Normen ab, so werden bei der jetzigen Regelung in der FGO und der VwGO nur die nicht vertretungsberechtigten Mitglieder der Verwaltungsspitze (bei Gebietskörperschaften sind damit z.B. die Beigeordneten gemeint) nicht vom Gesetz erfaßt und das auch nur, soweit sie keine Beamten sind. Gemäß § 22 VwGO können nämlich Beamte keine, nach § 19 FGO nur in beschränktem Umfang, ehrenamtliche Richter sein. Die angesprochene Situation kommt daher in der Praxis kaum vor.

Im SGG werden die Mitglieder der Vertreterversammlungen mit berücksichtigt. Deren Verhältnis zu ihrer Körperschaft ist aber schon wieder weniger stark als das der Vorstandsmitglieder, oft besteht es lediglich aus der Teilnahme an zwei oder drei Sitzungen im Jahr. Die in den verwaltungsgerichtlichen Prozeßordnungen nicht namentlich erwähnten Fälle möglicher Befangenheit können durch die Geltendmachung des allgemeinen Ablehnungsrechts gelöst werden.

V. BVerfGG

Im Gegensatz zu den anderen Verfahrensordnungen gibt das BVerfGG keine konkrete Aufzählung der Ausschlußgründe, die auf nichtrichterlicher Vorbefassung beruhen. Es spricht lediglich von einer Betätigung von Amts oder Berufs wegen. Unter diesem Begriff lassen sich aber alle Möglichkeiten nicht-richterlicher Vorbefassung, die in den anderen

1) vgl. oben S. 67

Verfahrensordnungen konkret angesprochen sind, subsumieren. Ein materieller Unterschied besteht nicht.

Unter Betätigung in derselben Sache von Amts- oder Berufs wegen (§ 18 Abs. I Nr. 2 BVerfGG) ist z.B. ein Tätigwerden als Beistand oder Rechtsanwalt (vgl. § 41 Nr. 4 ZPO; § 22 Nr. 4 StPO), als Bearbeiter in Verwaltungsverfahren (vgl. § 54 Abs. II VwGO) oder als Staatsanwalt (§ 22 Nr. 4 StPO) zu verstehen.¹⁾

Die Mitwirkung im Gesetzgebungsverfahren bildet jedoch keinen Ausschließungsgrund (§ 18 Abs. III BVerfGG). Diese Regelung ist auch angebracht. Die Ausschließungsnormen werden verstanden als besonders auffällige Gründe, bei denen Befangenheit schon kraft Gesetzes unwiderleglich vermutet wird.²⁾ Der Gesetzgeber geht aber davon aus, daß der Richter beim BVerfG dem von ihm selbst mitgeschaffenen Gesetz objektiv gegenübersteht, um es gegebenenfalls für grundgesetzwidrig zu erklären.³⁾ Gerade ein Richter muß stets für Gegengründe und neue Gesichtspunkte offen bleiben.

Hinzu kommt, daß der größte Teil der Abgeordneten gar nicht in der Lage ist, sich mit jedem Gesetz bis ins kleinste Detail zu befassen und die Rechtslage genau zu überprüfen, er muß sich vielmehr auf die Vorarbeiten seiner Fraktion verlassen. Man kann auch aus der Sicht der Allgemeinheit nicht davon ausgehen, daß gerade die gesetzgewordene Regelung

1) Leibholz-Rupprecht, § 18 Anm. 2

2) Bettermann, Unabhängigkeit, S. 523, 526

3) Sarstedt, JZ 1966, 314, 316

bei allen Abgeordneten der Weisheit letzter Schluß ist und sie später als Verfassungsrichter zu einer kritischen Würdigung nicht mehr bereit wären. Da es bei den Ausschlußgründen nicht so sehr auf die Ansicht des einzelnen Beteiligten, sondern auf einen mehr allgemeinen Eindruck der Unvoreingenommenheit ankommt, bestehen keine Bedenken dagegen, daß die Mitwirkung im Gesetzgebungsverfahren nicht in den Katalog der Ausschlußgründe aufgenommen worden ist.¹⁾

B. Ausschluß wegen Vernehmung als Zeuge oder Sachverständiger

I. Die Regelungen in der ZPO, StPO, VwGO etc., BVerfGG

1. Allgemeine Grundvoraussetzungen

Alle Prozeßordnungen mit Ausnahme des FGG schließen den Richter aus in Sachen, in denen man ihn als Zeugen oder Sachverständigen vernommen hat (§ 22 Nr. 5 StPO; § 41 Nr. 5 ZPO etc.). Sinn der §§ 41 Nr. 5 ZPO, 22 Nr. 5 StPO ist vornehmlich, daß der Richter nicht über seine eigene Aussage und damit über seine Glaubwürdigkeit urteilen soll.²⁾ Er muß auch bei der Würdigung der Beweise frei und unbeeinflußt vorgehen. Das kann er aber dann nicht, wenn er vorher als Zeuge oder Sachverständiger aufgetreten ist und sich womöglich unter Eid festgelegt hat.³⁾ Seine eigene Aussage verwehrt ihm die

1) Zur Problematik der Ablehnung vgl. oben S. 73

2) Wach, § 27 III 3 d; Kornblum, S. 158; RGSt 17, 173, 175; Arzt, Strafrichter, S. 87

3) RGSt 30, 70, 71

objektive Würdigung der anderen Zeugenaussagen und Beweismittel sowie das unvoreingenommene Abwägen zur Erlangung der Wahrheit. Einmal würde der Richter seine eigene Aussage ad absurdum führen, wenn er später den Aussagen anderer Zeugen den Vorzug gibt. Aber selbst wenn er versuchte, auch in einer solchen Situation vollkommen neutral zu bleiben, so lehrt doch die Erfahrung,¹⁾ daß man sich auch bei bestem Willen von den Einflüssen der eigenen Kenntnis des Falles nicht freizumachen imstande ist.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte kann als Zweck der §§ 41 Nr. 5 ZPO, 22 Nr. 5 StPO angesehen werden, eine vorurteilslose Beweiswürdigung durch den zuständigen Richter zu gewährleisten.²⁾

Der Ausschluß wegen Zeugen- oder Sachverständigentätigkeit in derselben Sache beruht daher auch nicht so sehr darauf, daß der Richter mit derselben Angelegenheit schon in einer anderen Eigenschaft als der des Richters zu tun hatte (so § 42 Nr. 4 ZPO; § 22 Nr. 4 StPO), sondern aufgrund seiner Sachverhaltskenntnis, die sich nicht allein aus einer abgewogenen und vorurteilslosen Würdigung der stattgefundenen Beweisaufnahme ergibt. Lediglich im BVerfGG ist die frühere Vernehmung eines Richters als Zeuge oder Sachverständiger (vgl. § 41 Nr. 5 ZPO; § 22 Nr. 5 StPO) nicht geregelt. Eine solche Regelung wäre auch überflüssig. Zum einen hat das BVerfG in den meisten Fällen keine Tatsachen festzustellen, sondern nur Gesetze oder Rechtserkenntnisse am

1) RGSt 30,70, 71

2) RGSt 17, 173, 175; 30,70, 71

Grundgesetz zu messen, zum anderen sind die Verfahren, in denen es Beweisaufnahmen geben könnte - z.B. Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG), Präsidenten- oder Richteranklage (Art. 61, 98 Abs. II GG) - erstinstanzliche Verfahren vor dem BVerfG. Hier noch einmal gesetzlich festzulegen, daß eine Person nicht zugleich in ein und demselben Verfahren Zeuge und Richter sein kann, erübrigt sich.

2, Der Begriff derselben Sache

In der zivilprozessualen Literatur und Rechtsprechung wird unter Sache dasselbe Prozeßrechtsverhältnis verstanden, so z.B. das Beweissicherungsverfahren und Arrestverfahren im Verhältnis zum Hauptprozeß, das Verfahren über den Grund des Anspruchs im Vergleich zum Betragsverfahren.¹⁾ Die Vernehmung in einem anderen Prozeß soll nicht genügen. Zwar spricht Pohle²⁾ vom Ausschluß des Richters, wenn er in "derselben rechtlichen Angelegenheit" oder in einem anderen Prozeß vernommen worden ist. Als Beispiel führt er dann aber das Wiederaufnahmeverfahren an. Daraus kann geschlossen werden, daß er unter derselben rechtlichen Angelegenheit nichts anderes versteht als dasselbe Prozeßrechtsverhältnis - genauso wie die andere Literatur.

Diese Auslegung ist meines Erachtens zu eng. Sie sollte dahin ausgedehnt werden, daß unter Sache derselbe Sachverhalt zu verstehen ist. Das würde bedeuten, daß der über ein bestimmtes Thema als Zeuge vernommene Richter in jedem anderen späteren

1) vgl. Kornblum, S. 157, m.w.N.

2) Stein-Jonas-Pohle, § 41 Anm. III 5

Prozeß - also auch in solchen, die von gänzlich anderen Parteien geführt werden - ausgeschlossen wäre, wenn hier über denselben Sachverhalt auch nur teilweise entschieden würde.¹⁾ Der in § 41 Nr. 5 ZPO zum Ausdruck kommende Grundgedanke, daß eine eigene Aussage nicht unvoreingenommen gewürdigt werden kann, trifft auch auf diesen Fall zu. Durch seine frühere Aussage als Zeuge hat sich der Richter in bestimmter Hinsicht festgelegt. Von dieser Aussage wird er kaum persönlich abgehen noch durch Höherbewertung von anderen Zeugenaussagen im neuen Prozeß seine eigenen Bekundungen indirekt als weniger durchschlagend zu erkennen geben. Eine vorurteilslose und unvoreingenommene Bewertung ist auch in einem solchen Falle nicht gewährleistet. Falls man die Ansicht vertritt, diese Auslegung des Begriffs Sache ginge zu weit und wäre nur im Rahmen einer Gesetzesänderung möglich, so ist diese Sachlage auf jeden Fall geeignet, als Ablehnungsgrund zu dienen.²⁾

Aus diesem Grunde muß man m.E. auch im Strafprozeß (§ 22 Nr. 5 StPO) den Begriff Sache weit fassen, indem man ohne Rücksicht auf die verfolgte Person allein auf die Tat im Sinne des § 264 StPO abstellt.³⁾

-
- 1) Voraussetzung ist allerdings, daß der Richter nicht in diesem Prozeß selbst als Zeuge aussagt, da er sonst bereits ohne weiteres ausgeschlossen ist.
 - 2) Das gilt natürlich auch für die verwaltungsrechtlichen Verfahren
 - 3) vgl. RGSt 28, 53, 54; 275, 277; BGH, GA 1968, 280; Kleinknecht, § 22 Anm. 5; a.A. neuerdings Löwe-Rosenberg-Dünnebier, der unter derselben Sache das Strfverfahren wegen derselben Tat und gegen dieselbe Person versteht, Anm. 23 II 2

II. FGG

Das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit kennt den Ausschluß des Richters, der als Zeuge oder Sachverständiger vernommen wurde, nicht. Jansen¹⁾ will auch heute noch, weil contra legem, die Übernahme des § 41 Nr. 5 ZPO als unberechtigt ansehen. Diese Ansicht läßt sich aber nach den neueren Erkenntnisse vom Wesen des fG-Verfahrens - echtes Gerichtsverfahren, das den Richtern übertragen ist, um die Bürger besser zu schützen²⁾ - und insbesondere nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts³⁾ nicht mehr aufrecht erhalten. Auch im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann nicht erwartet werden, daß ein Richter, der als Zeuge oder Sachverständiger ausgesagt hat, später in freier Beweiswürdigung seine eigene Aussage bei der Entscheidung überprüft. Zeuge und Richter in einer Person zu sein, ist auch hier unmöglich.⁴⁾ Für die Übernahme des § 41 Nr. 5 ZPO in ein neu konzipiertes FGG und die analoge Anwendung bei jetzt anhängigen Verfahren spricht auch die Regelung in einem Spezialgesetz der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nämlich in § 22 LwVG.

III. Das private Wissen des Richters

Nach übereinstimmender Ansicht ist der Richter in allen Verfahrensordnungen jedoch nur dann ausgeschlossen, wenn er auch wirklich als Zeuge vernommen worden ist. Die bloße Benennung genügt

1) Jansen, § 6 Rdn. 13

2) Habscheid, JR 1958, 361, 362

3) BVerfGE 31, 139, 146

4) So auch Bärman, § 7 I; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 12 I; Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § B I

nicht.¹⁾ Sonst könnte jede Partei oder jeder Angeklagte einen ihm nicht genehmen Richter von vornherein ausschalten,²⁾ indem er als Zeuge benannt wird, auch wenn ohne weiteres feststeht, daß er keine Kenntnis von den tatsächlichen Vorgängen hat.

Da die Normen der einzelnen Verfahrensordnungen den Richter ausdrücklich nur dann ausschließen, wenn er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen worden ist, bleibt die Frage unbeantwortet, welche Konsequenz es hat, wenn der Richter zwar nicht als Zeuge vernommen wird, das zu beurteilende Geschehen aber selbst miterlebt hat, also über privates Wissen verfügt. Wegen der eindeutigen Regelung des deutschen Gesetzgebers ist zur Zeit der generelle Ausschluß des über privates Wissen verfügenden Richters nicht möglich. Die österreichische Strafprozeßordnung (§ 68 Nr. 1) sieht auch diesen Fall als Ausschlußgrund an. Es fragt sich daher, ob man die Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers in die deutschen Prozeßordnungen übernehmen soll.

Die Untersuchung hat von dem Zweck des Ausschlußgrundes wegen Vernehmung als Zeuge auszugehen. Wie **zuvor** dargelegt, liegt der Sinn dieser Vorschriften nicht so sehr darin, den Schein des Verdachts der

-
- 1) Stein-Jonas-Pohle, § 41 III 5; Baumbach-Lauterbach, § 41 Anm. 2 E; Lent-Jauernig, § 14, Kornblum, S. 157; Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 22 Anm. II; Kleinknecht, § 22 Anm. 6; Kern-Roxin, § 9 I; BGHSt 11, 206; 14, 219, 220
2) siehe auch Hahn-Stegemann, Mat. I zur ZPO, S. 163; Hahn, Mat. I zur StPO, S. 89

Parteilichkeit zu beseitigen, sondern es soll den Verfahrensvorschriften der §§ 286 ZPO, 261 StPO Rechnung getragen werden, daß nämlich eine Entscheidung lediglich auf dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung bzw. Hauptverhandlung beruhen muß. Der Richter soll urteilen secundum allegata et probata und nicht secundum conscientiam.¹⁾ Sein privates Wissen über im Prozeß behauptete Vorgänge darf er nicht verwerten. Er kann nicht zugleich Richter und heimlicher Zeuge sein.²⁾

Diesen sich aus den Grundregeln des Beweisrechts ergebenden Grundsatz hat der Gesetzgeber dadurch verstärkt, daß er den Fall des Zusammentreffens von urteilender Person und bekundendem Zeugen in den §§ 41 Nr. 5 ZPO und 22 Nr. 5 StPO als Ausschlußgrund geregelt hat. Dabei handelt es sich aber lediglich um die intensivste Form des Zusammentreffens von Richter- und Zeugenstellung. Die schwächeren Formen des Zusammentreffens hat der Gesetzgeber nicht mehr in die Ausschlußnormen aufgenommen.

Da die §§ 41 Nr. 5 ZPO und 22 Nr. 5 StPO aber in erster Linie nicht so sehr die Unvoreingenommenheit gegenüber einem Beteiligten als vielmehr die freie Beweiswürdigung im Auge haben,³⁾ war es auch nicht nötig, unbedingt diesem Prinzip gerade in den Vorschriften über die Befangenheit noch mehr Platz zu verschaffen, zumal der am Verfahren Beteiligte durch die Nichtregelung dieses Sachverhaltes im Rahmen der Ausschließung - wie noch zu zeigen ist - keine Nachteile zu erwarten hat.

1) John, S. 318

2) Baumbach-Lauterbach, § 286 Anm. 2 F; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 286 Anm. III 1; Kleinknecht, § 261 Anm. 6

3) John, S. 318

Weiß der Angeklagte oder die Partei davon, daß der Richter die beweiserheblichen Tatsachen selbst miterlebt hat, so können sie ihn, wenn er nicht direkt als Zeuge benannt wird, ablehnen. Der Angeklagte oder die Parteien dürfen dann mit Recht die Befürchtung hegen, der Richter sei von dem miterlebten Geschehen so vorgeprägt, daß eine ruhige und wirklich neutrale Beurteilung gefährdet sei.

Haben die Beteiligten keine Kenntnis vom privaten Wissen des Richters, so wird man es als seine Rechtspflicht anzusehen haben, gemäß den §§ 48 ZPO, 30 StPO dem für die Entscheidung über die Selbstablehnung zuständigen Gerichtskörper Mitteilung zu machen und schon aufgrund dessen Beschluß aus dem Verfahren auszuschcheiden.¹⁾

Dies gilt selbstverständlich auch für den Einzelrichter. Man muß es als eine Selbstverständlichkeit ansehen, daß die Prozeßmaximen der Verfahrensordnungen, hier Unvereinbarkeit des Amtes als Richter und der Stellung als Zeuge, beachtet werden und nach ihnen judiziert wird.

Will der Richter den Weg der Selbstablehnung nicht gehen, so ist er verpflichtet, sein privates Wissen den Prozeßbeteiligten zu offenbaren. Diese Rechtspflicht kann man zwar nicht aus den §§ 48 ZPO und 30 StPO herauslesen, da diese Regelungen nach allgemeiner Ansicht allein einen innergerichtlichen Vorgang normieren. Es ist heute aber insbesondere

1) So schon John, S. 318

wegen des Grundsatzes der Gewährung rechtlichen Gehörs allgemein anerkannt, daß der Richter den Beteiligten sein privates Wissen zu offenbaren hat.¹⁾

Erfahren die Parteien davon, daß der Richter den Streitpunkt selbst erlebt hat und lehnen sie ihn nicht ab, so übernehmen sie das vom Richter miterlebte Geschehen - so wie dieser es darstellt - zu ihrem Vortrag. Eine Beweisaufnahme wird hinsichtlich dieses Punktes überflüssig. Diese Möglichkeit erklärt sich für den Zivilprozeß daraus, daß dort der - gelegentlich auch als Prinzip der formellen Wahrheit bezeichnete - sogenannte Beibringungs- oder Verhandlungsgrundsatz gilt. Zwar gehen alle anderen bedeutenden Verfahren (StPO, FGG, VwGO, SGG, FGO) vom Grundsatz der Amtsermittlung aus. Das hat aber für das behandelte Problem keine weitere Bedeutung; vielmehr bleibt die Lösung die gleiche. Scheidet der Richter nicht schon aus eigener Initiative aus dem Prozeß aus, sondern offenbart er den Beteiligten sein Wissen, so können diese erklären, die Sache habe sich genau so abgespielt oder die Verhältnisse seien genauso wie vom Richter dargelegt. Dessen privates Wissen wird Prozeßstoff und kann ohne Beweisaufnahme als Urteilsgrundlage verwandt werden. Bestreiten die Verfahrensbeteiligten das vom Richter in das Verfahren eingeführte eigene Tatsachenwissen, dann können sie entweder dessen Zeugenvernehmung beantragen oder aber einen Antrag auf Ablehnung wegen Befangenheit stellen.

1) siehe dazu z.B. BGH, LM § 286 ZPO (B) Nr. 23; Schmidt, Richard, Sächs. Arch. 2, 265, 268 ff.

Aber auch in dem Fall, daß die Beteiligten keine Kenntnis vom privaten Wissen des Richters haben und dieser sich auch nicht selbst ablehnt, brauchen sie keine Nachteile zu befürchten. Sie können zwar keine Ablehnung mehr geltend machen, wenn die Instanz beendet ist, und sich auch nicht auf den absoluten Revisionsgrund der §§ 551 Nr. 2 ZPO und 338 Nr. 2 StPO stützen, da der Richter nicht kraft Gesetzes ausgeschlossen war.

Hat aber ein Richter, der zugleich Zeugenwissen besitzt, am Verfahren teilgenommen, so liegt ein Verstoß gegen die §§ 286 ZPO¹⁾ bzw. 261 StPO²⁾ vor. Denn er darf seine Überzeugung nur aus den Verhandlungen und der Beweisaufnahme schöpfen, nicht aber andere Erkenntnisquellen - so auch sein eigenes Wissen - benutzen; es sei denn, die Beteiligten machten dieses Wissen zum Prozeßstoff. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz bedeutet die Verletzung vom Bundesrecht, nämlich der Verfahrensnormen des § 286 ZPO bzw. des § 261 StPO, und kann gemäß den §§ 549 ZPO bzw. 337 StPO als Revisionsgrund geltend gemacht werden. Zum Nachweis der Tatsache, daß die Entscheidung gerade auf der Verletzung des Gesetzes beruht, genügt bei Verfahrensmängeln der Nachweis, daß ohne die Verletzung möglicherweise anders erkannt worden wäre.³⁾

-
- 1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden.
 - 2) Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.
 - 3) Baumbach-Lauterbach, § 549 Anm. 2 A; RGZ 57, 330, 331; Kleinknecht, § 337 Anm. 7; BGHSt 3, 213, 215

3. Teil Ausschluß wegen eigener Betroffenheit

Den stärksten Tatbestand einer Beeinträchtigung der richterlichen Unbeteiligtheit enthalten die §§ 41 Nr. 1 ZPO, 22 Nr. 1 StPO, 54 Nr. 1 VwGO, 60 Nr. 1 SGG, 51 Nr. 1 FGO, 6 Abs. I Nr. 1 FGG. Der Ausschluß wegen eigener Betroffenheit ist auch der historisch älteste Ausschlußgrund.¹⁾ Hier hat der Richter als Partei, Verletzter, Beteiligter zu dem zu beurteilenden Verfahren eine so enge Beziehung, daß er unfähig ist, die Verhandlung zu leiten und ein Urteil zu fällen. Die Mitwirkung des betroffenen Richters würde dem Prinzip des unbeteiligten Dritten gerade in diesen Fällen grundlegend widersprechen, würde der Richter doch gerade hier über sich selbst zu Gericht sitzen. Rechtspolitisch gesehen bieten diese Normen jedoch keinen Zündstoff zur Auseinandersetzung, da sie vom Gesetzgeber schon weit gefaßt sind und in hinreichender Weise einen Richter in eigener Sache ausschließen.

A. StPO

Gemäß § 22 Nr. 1 StPO ist der Richter von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen, wenn er selbst durch die strafbare Handlung verletzt ist. Eine solche Verletzung ist leicht und ohne Schwierigkeiten bei Körperverletzung, Nötigung etc. festzustellen. Hier richtet sich die Handlung des Täters direkt gegen den betroffenen Richter. Ein solches direktes Betroffensein liegt auch vor, wenn er bestohlen, betrogen oder in ähnlicher Weise hintergangen wird. Diese Fälle sind unproblematisch.

1) vgl. oben S.12

Anlaß zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung haben daher auch nur zwei Komplexe von Straftaten gegeben, die sich nicht direkt gegen den Richter richten, sondern ihn nur indirekt treffen, nämlich Vermögensdelikte gegen Gesellschaften und juristische Personen, denen der Richter angehört, sowie Kollektivbeleidigungen.¹⁾ Die von der Rechtsprechung²⁾ und auch von einem Teil der Literatur³⁾ vertretene Ansicht geht dahin, daß der § 22 Nr. 1 StPO auf die Tatbestände der unmittelbaren Verletzung zu beschränken, also nicht anwendbar sei, wenn den Richter nur die schädlichen Auswirkungen der Straftat trafen. Das hat zur Folge, daß ein Ausschluß dann nicht gegeben ist, wenn sich das Delikt gegen eine juristische Person (rechtsfähiger Verein, AG, GmbH etc.) richtet, weil das Vermögen einer juristischen Person dieser selbst gehört und sich die Vermögensminderung für die beteiligten Mitglieder nur mittelbar auswirkt.⁴⁾ Dagegen werden z.B. Mitglieder einer OHG oder KG von der Ausschlußnorm erfaßt. Das Gesellschaftsvermögen stellt sich hier nicht als Sondervermögen, sondern als gesamthänderisch gebundenes Vermögen des einzelnen dar. Das Mitglied haftet unmittelbar, primär und je nachdem, ob OHG oder KG, unbeschränkt den Gläubigern der Gesellschaft.⁵⁾

1) Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 22 Anm. I 4; Arzt, Strafrichter, S. 40 ff.; Schorn, GA 1963, 257, 259 ff. m.N. zur Rechtsprechung

2) BGHSt 1, 299 ff.; 202, 203; RGSt 67, 219, 220; 69, 127, 128

3) Löwe-Rosenberg-Dünnebier, a.a.O.; Arzt, a.a.O.

4) siehe oben Fn. 1)

5) RGSt 37, 414, 415; 46, 77, 80

Nach dieser Auslegung des § 22 Nr. 1 müßte auch das Mitglied eines nichtrechtsfähigen Vereins ausgeschlossen sein, da ein solcher Verein keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Dies ist auch von der Rechtsprechung angenommen worden.¹⁾ M.E. geht aber hier der Ausschluß zu weit. Der nichtrechtsfähige Verein ist heute praktisch kaum von einem rechtsfähigen zu unterscheiden. Es herrscht der gleiche korporative Aufbau. Des weiteren ist nach herrschender Ansicht im Ergebnis die Haftung auf das Vereinsvermögen beschränkt,²⁾ wobei weithin nur die dogmatische Begründung streitig ist.

Eine vermögensrechtliche engere Bindung an den nichtrechtsfähigen Verein ist daher kaum noch vorhanden. In neuerer Zeit hat die Rechtsprechung³⁾ sogar Massenvereine (Gewerkschaften), die nicht mit Rechtsfähigkeit ausgestattet sind, zivilprozessual rechtsfähigen Vereinen gleichgestellt. Handelt es sich um einen kleinen Verein mit enger Bindung der Mitglieder untereinander, so kann im Einzelfall das Recht der Ablehnung korrigierend eingreifen.

Bei einer kollektiven Ehrverletzung kommt es für die Frage des Ausschlusses darauf an, ob der betroffene Personenkreis beleidigungsfähig ist oder nicht.⁴⁾ Ist der betroffene Personenkreis beleidigungsfähig, so liegt eine unmittelbare Ehrverletzung vor, die zum Ausschluß führt. Eine Ausnahme muß hier natürlich dann gelten, wenn sich die Beleidigung gegen den Richterstand selbst richtet.

1) RGSt 33, 314, 316

2) Soergel-Schulze-von Lasaulx, § 54 Anm. 36

3) BGH, NJ 1968, 1830 ff.

4) Zur Konstruktion der Kollektivbeleidigungen:
BGHSt 2, 38 ff.

Hier kann nur der persönlich besonders Betroffene ausgeschaltet sein, da sich sonst die Möglichkeit ergeben könnte, daß der Täter nicht mehr abgeurteilt werden kann.¹⁾

In letzter Zeit haben sich einige Autoren allgemein zu einer weiteren Auslegung des Verletztenbegriffs bekannt, da nur so der Schein des Verdachts der Parteilichkeit der Strafrechtspflege vermieden werden und in den Prozeßbeteiligten das Gefühl einer objektiven Rechtsprechung geweckt und gestärkt werden könne.²⁾ So will Peters³⁾ auf die Nähe des Betroffenseins abstellen, Schorn⁴⁾ auch den Richter ausgeschlossen wissen, den nur die schädlichen Folgen der Tat treffen.

Die herkömmliche Meinung vermag hier mehr zu überzeugen. Sie liefert einmal ein brauchbares und konkretes Kriterium zur Abgrenzung des Ausschlußgrundes. Nach Schorn wäre z.B. jeder Inhaber von Aktien, also jedes Mitglied der Hauptversammlung, bei Beinträchtigung der AG ausgeschlossen; nach Peters müßte die nicht immer genaue Prüfung angestellt werden, wie nah das tatsächliche Verhältnis zu der Gesellschaft ist. Zum anderen steht dem Angeklagten bei wirklich enger Verbindung zwischen Richter und Gesellschaft die Möglichkeit der Ablehnung offen, die vom BVerfG als hinreichendes Mittel zur Verhinderung von Unvoreingenommenheit und Parteilichkeit angesehen wird.⁵⁾ Die Frage der Nähe des Ver-

1) RG, JW 1912, 942

2) Peters, § 20 II 1; Eb. Schmidt, LK I, § 22 Anm.6; Schorn, GA 1963, 257, 261

3) Peters, a.a.O.

4) Schorn, a.a.O.

5) BVerfG, NJW 1029, 1030; so auch schon BGHSt 4, 202, 207

hältnisses wird danach erst bei einer Ablehnung akut.

Im Gesetz nicht geregelt, aber als selbstverständlich anzusehen, ist der Ausschluß des Richters, der selbst Beschuldigter oder Täter ist.¹⁾ Denn es entzieht sich jeder weiteren Erörterung, daß niemand Richter über sich selbst sein kann.²⁾ Daher bedurfte es auch keiner ausdrücklichen Kodifikation.

B. ZPO

Durch § 41 Nr. 1 ZPO wird ein Richter in den Sachen ausgeschlossen, in denen er selbst Partei ist oder bei denen er zu einer Partei in dem Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht. Die Zivilprozeßordnung schließt somit einmal den Richter aus, der Partei des in Betracht kommenden zivilprozessualen Verfahrens ist; zum anderen hält sie die Mitwirkung des Richters schon dann für unzulässig, wenn er ohne formell Verfahrenspartei zu sein, materiell an dem in Streit befindlichen Rechtsverhältnis nahe beteiligt ist, weil auch hier eine enge Verzahnung von Streitsache und Richteramt vorliegt, die dem Richter in eigener Sache gleichkommen würde. Auf den ersten Blick hat es den Anschein, als ob die Zivilprozeßordnung das Verbot des Richtens in eigener Sache durch die Bezugnahme auf Rückgriffsverpflichtungen großzügiger ausgestaltet hat als die StPO. Dies erweist sich aber bald als Irrtum. Mitberechtigungen

-
- 1) Fall des Dorfrichters Adam in "Der zerbrochene Krug" von Kleist
 - 2) Löwe-Rosenberg-Dünnebier, § 22 Anm. I 6; Henkel, Heinrich, S. 129 Fn. 2

und Rückgriffsverpflichtungen kann es im Strafrecht nicht geben. Mittäter, Gehilfen- oder Anstifter-schaft, die - wenn man diesen Vergleich überhaupt ziehen darf - mit Einschränkungen den Rechtsbeziehungen der Mitberechtigung und Rückgriffsverpflichtungen entgegensetzen könnte, werden voll von § 22 Nr. 1 erfaßt. Denn auch Gehilfen und Anstifter "verletzen" durch ihre strafbare Handlung den betroffenen Richter. Unter die erste Gruppe der Ausgeschlossenen als Partei fallen alle diejenigen, für die oder gegen die eine Entscheidung unmittelbar wirksam oder vollstreckbar ist, so Streitgenossen, Nebenintervenienten und Personen, auf die § 325 ZPO zutrifft.¹⁾ Das Verbot des Richtens in eigener Sache kann hier dahin konkretisiert werden, daß der Richter nicht gleichzeitig Anträge stellen und über diese entscheiden darf.²⁾

Im Verhältnis eines Mitberechtigten oder Mitverpflichteten steht der Richter dann, wenn er an dem Rechtsverhältnis des Streitgegenstandes beteiligt ist, ohne daß dieser für ihn in Rechtskraft erwächst. So fallen darunter Gesamtgläubiger und Gesamtschuldner, Bürgen, Gesellschafter einer BGB- oder HGB-Gesellschaft.³⁾ Eine Regreßpflicht besteht z.B. beim Wechsel- und Scheckrückgriff, bei Garantieerklärungen und Sicherungsgrundschulden.⁴⁾ Die Ausschluss-tatbestände des § 41 Nr. 1, 2. Alt. sollen hier - konkreter gefaßt - verhindern, daß ein Richter rechtsverbindliche Entscheidungen fällen kann, die sich auf sein Verhältnis zu einer der Parteien auswirken.

1) Stein-Jonas-Pohle, § 41 Anm. III 1 a; Baumbach-Lauterbach, § 41 Anm. 2 A

2) Petersen-Anger, § 41 Anm. 7 a

3) Nachweise siehe Fn. 1)

4) Wieczorek, § 41 Anm. C II 2

Ebenso wie im Strafprozeß muß der Richter auch in der ZPO unmittelbar betroffen sein.¹⁾ Die Erörterungen zur StPO haben daher auch hier Geltung. Liegt also nur eine enge wirtschaftliche, d.h. mittelbare Beziehung vor (z.B. Fall des Mehrheitsaktionärs), so kann hier einer vermuteten Voreingenommenheit durch die Möglichkeit der Ablehnung begegnet werden.

C. Arbeitsgerichtsgesetz

Da sich im ArbGG keine Sondervorschriften finden, gilt für den Ausschluß wegen eigener Beteiligung an dem Rechtsstreit ebenfalls § 41 Nr. 1 ZPO. Eine Regelung, die dem Grundsatz der Unbeteiligtheit und Unvoreingenommenheit im Verfahren vor den Arbeitsgerichten zuwiderläuft, könnte § 16 ArbGG sein. In jedem Rechtsstreit urteilen neben dem Vorsitzenden zwei oder vier Arbeitsrichter, die aus den Kreisen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber stammen. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren werden typische Interessengegensätze ausgetragen. Es ist daher nicht von der Hand zu weisen, daß sich die Beisitzer nicht vollkommen von ihrer sozialen Herkunft lösen und bei der Entscheidung eines Falles die Arbeitgeber- oder -nehmerinteressen nicht gänzlich unberücksichtigt lassen können.

Diesen Konflikt hat der Gesetzgeber aber bewußt in Kauf genommen. Durch die Beiziehung von Beisitzern aus den Kreisen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber sollen die besonderen Erfahrungen dieser

1) Stein-Jonas-Pohle, § 41 Anm. III 1 a; Baumbach-Lauterbach, § 41 Anm. 2 A

Personen der Rechtsfindung nutzbar gemacht werden.¹⁾
Daraus ergibt sich aber auch zugleich, daß der Gesetzgeber davon ausgeht, die Richter aus Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberkreisen würden ungeachtet ihrer Stellung im Sozialleben und ihrer Mitgliedschaft zu den Verbänden und Vereinigungen die ihnen übertragenen Amtspflichten gewissenhaft und ohne Rücksicht auf die Belange ihrer Verbände erfüllen.²⁾
Die bloße Mitgliedschaft der Beisitzer in Verbänden des Arbeitslebens führt daher notwendigerweise weder zum Ausschluß noch zur Ablehnung. Anders kann es dagegen aussehen, wenn der Vorsitzende einer solchen Vereinigung angehört.³⁾ Er ist praktisch der neutrale dritte Mann und hat besonders darauf zu achten, jeden Schein der Parteilichkeit zu vermeiden.

D. FGG

Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist ein Richter dann ausgeschlossen, wenn er selbst beteiligt oder zu einem Beteiligten in dem Verhältnis eines Mitberechtigten oder Mitverpflichteten steht (§ 6 Abs. I Nr. 1). Ein auffälliger, aber unbedeutender Unterschied zur ZPO liegt darin, daß das Gesetz von Beteiligten spricht. Etwas anderes ist aber auch gar nicht möglich, da das fG-Verfahren Kläger und Beklagte, also die Parteistellung, nicht kennt, sondern nur Beteiligte aufweist.

Es handelt sich dabei nur um einen formellen Unterschied. Vom materiellen Grundgehalt aus gesehen

1) Dietz-Nikisch, § 16 Anm. 15

2) BAG, BB 1968, 508

3) Dietz-Nikisch, § 49 Rdn. 3

stimmen beide Regelungen überein. Sie sind gleichermaßen strukturiert. Beide Prozeßordnungen wollen die Verfahrensbeteiligten - im Zivilprozeß heißen sie Parteien, Streitverkündete etc. -, die in enger sachlicher Bindung zu dem zu entscheidenden Fall stehen, als Richter ausschließen, weil von einer neutralen Behandlung eines Rechtsstreites nicht gesprochen werden kann, wenn ein Verfahrensbeteiligter über seine eigenen Angelegenheiten entscheidet.

Innerhalb des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt es zwei Arten der Beteiligung, die formelle und die materielle. Formell beteiligt ist die Person, die zur Wahrung ihrer wirklichen oder angeblichen Rechte am Verfahren teilnimmt oder gegen die sich das Verfahren richtet oder die später vom Gericht zugezogen wird.¹⁾ Materiell beteiligt sind alle Personen, deren Rechte und Pflichten durch das Verfahren unmittelbar beeinflußt werden können.²⁾ Das Gesetz verwendet die Bezeichnung "Beteiligter" an mehreren Stellen, ohne anzugeben, welchen Beteiligtenbegriff es meint. Auch bei § 6 hüllt es sich in Stillschweigen.

Ohne weiteres trifft § 6 Abs. I Nr. 1 FGG auf die Beteiligten im formellen Sinne zu. Denn es wäre ohne Zweifel ein Richten in eigener Sache, wenn der Richter über seinen eigenen Antrag entscheiden könnte.³⁾

1) Bärmann, § 8; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 15; Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 12; Jansen, § 6 Rdn. 5

2) siehe Fn. 1)

3) Bärmann, § 7 I; Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 8 II; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 14 IV

Hält man sich den Zweck des Ausschlußrechts vor Augen, nämlich jede Gefährdung der Objektivität des Richters und damit auch ein Mißtrauen in die Rechtsprechung zu beseitigen, so muß man unter Beteiligung im Sinne des § 6 FGG auch die materielle Beteiligung verstehen.¹⁾ Könnte der Richter nämlich in einem Verfahren eine Entscheidung fällen, von der er selbst unmittelbar betroffen wird, so kann das Ziel der gesetzlichen Regelung nicht erreicht werden. Beteiligung ist daher im weitesten Sinne aufzufassen. Eine der Haupterscheinungsformen der materiellen Beteiligung hat das Gesetz selbst aufgeführt, nämlich die Stellung als Mitberechtigter und Mitverpflichteter (Fall der Mitgliedschaft bei einer OHG, einer Erbengemeinschaft etc.).

Nicht geregelt ist im Gegensatz zur ZPO der Fall der Regreßpflicht. Zwar könnte man - würde man das FGG allein betrachten - hier dem sich benachteiligt fühlenden Beteiligten mit der Möglichkeit der Ablehnung helfen, doch sollte aus Gründen der Vereinheitlichung nicht nur bei streitigen, sondern auch bei den klassischen fG-Verfahren der Ausschlußgrund der Regreßpflicht wie in § 41 Nr. 1 ZPO Anwendung finden. Sachlich lassen sich keine Gründe aufzeigen, daß gerade hier eine Angleichung an die ZPO angenommen sein müßte.

1) Jansen, § 6 Rdn. 5; Keidel, § 6 Rdn. 15; Bärmann, § 7 I; Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 8 II; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 12 I; ders., JR 1964, 200

E. VwGO, SGG, FGO

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrensordnungen (§§ 54 Abs. I VwGO, 60 Abs. I SGG, 51 Abs. I FGO) übernehmen die Vorschriften der ZPO entsprechend. Daher gilt für jene auch § 41 Nr. 1 ZPO, so daß auf die Ausführungen zur Zivilprozeßordnung verwiesen werden kann. Entsprechend der weiten Auslegung des Parteibegriffs in § 41 Nr. 1 ZPO muß man hier auch die Beteiligten des Verfahrens im Sinne der §§ 63 VwGO, 69 SGG, 57 FGO, also z.B. die Beigeladenen, als ausgeschlossen ansehen.¹⁾

Die Übernahme des Ausschlusses der Mitberechtigten, Mitverpflichteten und Regreßpflichtigen scheint im ersten Moment in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensordnungen überflüssig zu sein, da dort in erster Linie mit dem Institut des Verwaltungsaktes gearbeitet wird. Aber gerade im Sozial- und Steuerrecht sind die Verwaltungsakte Grundlagen für Geldleistungen oder Geldschulden. So sind im Steuerrecht die Figuren der Gesamtschuldnerschaft - Mitverpflichtung - durchaus gängig (§ 7 StAnpG), ebenso die der Rechtsnachfolge (§ 8 StAnpG; § 219 Abs. II AO) oder die Haftung neben anderen Pflichtigen (§§ 103 - 106, 115 AO) wie z.B. bei gesetzlichen Vertretern, Vermögensverwaltern, Testamentsvollstreckern, Pflägern etc.

Aber auch im allgemeinen Verwaltungsgerichtsprozeß wird um Geldleistungen gestritten. Die Aufnahme

1) Eyermann-Fröhler, § 54 Rdn. 3; Redeker-von Oertzen, § 54 Rdn. 2; Peters-Sautter-Wolff, § 60 Anm. 6; Ziemer-Birkholz, § 51 Rdn. 13

der Mitberechtigung, Mitverpflichtung und Regreßpflicht hat zudem den Vorteil, daß in allen Verwaltungsgerichtsprozessen jeglicher Art die Richter ausgeschlossen sind, die einer am Prozeß beteiligten Gesamthandsgemeinschaft angehören, also einer BGB-Gesellschaft, Personalhandelsgesellschaft oder Erbengemeinschaft.

F. BVerfGG

Das BVerfGG schließt lapidar den Richter aus, der an der Sache beteiligt ist. Sachbeteiligt (§ 18 Abs. I Nr. 1 BVerfGG) ist derjenige, der zu dem Verfassungsverfahren oder dem Ausgangsverfahren in formeller oder materieller Beziehung steht oder stand.¹⁾

§ 18 Abs. I Nr. 1 BVerfGG stimmt bis auf das Wort 'selbst' wörtlich mit § 6 Abs. I Ziff. 1 FGG überein. Aber auch im Verhältnis zu § 41 Nr. 1 ZPO besteht kein struktureller Unterschied. Denn die dort kasuistisch aufgezählten Fälle sind nichts anderes als speziell herausgegriffene Formen der formellen und materiellen Sachbeteiligung.

In § 18 Abs. II BVerfGG hat der Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt, daß nur eine unmittelbare rechtliche Beteiligung in Frage kommt, nicht jedoch bloße persönliche und wirtschaftliche Interessen. Beteiligt ist nämlich nicht, wer aufgrund seines Familienstandes, seines Berufes, seiner Abstammung,

1) Leibholz-Rupprecht, § 18 Anm. 1

seiner Zugehörigkeit zu einer Partei oder aus ähnlichen allgemeinen Gesichtspunkten am Ausgang des Verfahrens interessiert ist. Es handelt sich hierbei um eine Interpretation des Begriffes 'Sachbeteiligung' durch den Gesetzgeber, der in den anderen Verfahrensordnungen wegen der kasuistischen Fassung nicht notwendig ist und durch Rechtsprechung und Lehre Eingang in das Befangenheitsrecht gefunden hat, insofern also keine Besonderheit des Verfassungsverfahrens darstellt.

4. Teil Ausschluß wegen enger verwandtschaftlicher Beziehungen zu den Prozeßbeteiligten

Ein Großteil der Fälle, in denen der Richter von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist, wird durch enge verwandtschaftliche Beziehungen zu den Prozeßbeteiligten hervorgerufen. Die Zahl dieser Befangenheitsfälle ist zwar nicht gering, der Komplex bietet aber rechtlich keine großen Schwierigkeiten.

A. ZPO

§ 41 Nr. 2 ZPO schließt den Richter in Sachen seines Ehegatten aus, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht; § 41 Nr. 3 erfaßt den Fall, daß er mit einer der Parteien bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht; ebenso fällt die Adoption in gerader Linie unter diese Norm. Die Regelungen beruhen auf der Vermutung, daß ein Richter in den Fällen, in denen ihn familiäre Bande mit einer Partei

verbinden, nicht mehr unbeteiligt entscheiden kann. In den Augen der gegnerischen Partei und der Öffentlichkeit ist von Natur aus ein so starker Verdacht fehlender Neutralität vorhanden, daß die Ausschließung die einzige Folge dieses Tatbestandes sein kann.

Die Verwandtschaft und Schwägerschaft bestimmt sich gemäß § 33 EGBGB nach den §§ 1589 ff. BGB. Durch das Inkrafttreten des neuen Nichtehelichengesetzes von 1969 (NEhelG, BGBl I 1243) wird auch die Streitfrage aus der Welt geschafft, ob der Richter in dem mehr theoretischen Fall der Bearbeitung eines Streitfalles seines unehelichen Kindes ausgeschlossen ist.¹⁾ Dieses Gesetz hat den Grundsatz, daß der Vater mit seinem unehelichen Kind nicht als verwandt gilt, aufgehoben, so daß heute kein Zweifel an dem Ausschluß des Richters besteht.

Eine Erweiterung des § 41 Nr. 3 ZPO könnte durch das neue Nichtehelichengesetz von 1969 geboten sein. Nach der alten Rechtslage stand der Mutter nicht die elterliche Gewalt über das uneheliche Kind zu, vielmehr war der Vormund gesetzlicher Vertreter (§ 1707 BGB a.F., §§ 40,45 JWG a.F.). Als solcher war er gemäß § 41 Nr. 4 ZPO in Angelegenheiten seines Mündels ausgeschlossen. Nach der neuen Rechtslage steht der Mutter die elterliche Gewalt zu (§ 1705 BGB). In bestimmten Angelegenheiten ist ihr aber ein Pfleger beigegeben (§ 1706 BGB). Gemäß

1) Im Hinblick auf die alte Rechtslage vgl.:
Baumbach-Lauterbach, § 41 Anm. 2 C; Kornblum,
S. 144; Schorn, GA 1963, 257, 264

§ 1708 BGB wird das Jugendamt außer in den Fällen des § 1708 BGB Pfleger von Amts wegen. Da diese Tätigkeit von den Beamten des Jugendamtes wahrgenommen wird, kann ein Konfliktfall nur dann eintreten, wenn ein Beamter dieser Behörde an das Gericht überwechselt und dort den Fall zu entscheiden hat, den er als Angehöriger der Verwaltung eineleitete. Dieser Konstellation kann aber mit der Ablehnung begegnet werden.

Ist ausnahmsweise einmal eine natürliche Person Pfleger (§ 1708 BGB), so ist sie in den Angelegenheiten, die ihr gemäß § 1707 BGB aufgetragen sind, kraft Gesetzes ausgeschlossen. Der Pfleger ist in diesen Angelegenheiten nämlich gesetzlicher Vertreter.¹⁾ Dieser Fall wird bereits von § 41 Nr. 4 ZPO erfaßt. Das gleiche gilt dann, wenn das nicht-eheliche Kind ausnahmsweise einen Vormund hat und dieser eine natürliche Person ist (§ 1791 c BGB).

Thomas-Putzo²⁾ wollen unter die Betroffenen des § 41 Nr. 2 und 3 ZPO nicht nur die Angehörigen der Parteien, sondern auch die Angehörigen der Mitberechtigten, Mitverpflichteten und Regreßpflichtigen zählen. Für diese Annahme könnte zunächst der § 41 Nr. 4 ZPO sprechen, der ausdrücklich die Prozeßbevollmächtigten und gesetzlichen Vertreter einer Partei erwähnt, während dies in den Nr. 2 und 3 des § 41 ZPO nicht zum Ausdruck kommt. Der weiten Auslegung oder einer Normänderung in dieser Hinsicht ist jedoch nicht das Wort zu reden. Die Ausschlies-

1) Soergel-Lade, § 1706 Rdn. 4

2) Thomas-Putzo, § 41 Anm. 2 b

sungstatbestände stellen nur den Kern möglicher Befangenheitsgründe dar. Bei ihrem Vorliegen hat man davon auszugehen, daß jeder Beteiligte oder auch Außenstehende die Neutralität des Richtenden anzweifelt und ein faires Verfahren nicht gegeben sein würde. Dieser Kern darf aber wegen der bestehenden Ablehnungsmöglichkeit nicht unnötig weit gefaßt werden.

Die angesprochenen Fälle liegen außerhalb dieser Zone. Zwar ist nicht zu leugnen, daß z.B. der Onkel oder Neffe eines möglicherweise Regreßpflichtigen dem Rechtsstreit nicht so unbefangen gegenübersteht wie ein beliebiger anderer Richter. Diese Befangenheit ist aber nicht genrell so stark, daß sie sofort zum Ausschluß führen müßte.¹⁾

Die Verwandten der Mitberechtigten, Mitverpflichteten etc. stehen zu dem Rechtsstreit im allgemeinen in weiterer Entfernung als die Verwandten der Parteien. Während bei diesen bereits durch die Verwandtschaft eine Beziehung zum konkreten Rechtsstreit geschaffen wird, muß bei ersteren noch ein weiteres Bindeglied, nämlich die Mitberechtigung etc., ihrer Angehörigen dazutreten. Weiterhin ist zu bedenken, daß nach herrschender Ansicht nicht einmal der Verlobte in Sachen seiner Braut ausgeschlossen ist,²⁾ obwohl hier stärkere Emotionen und ein stärkerer Befangenheitsverdacht vorhanden sind als in dem oben angeführten Beispiel.

1) Baumbach-Lauterbach, § 41 Anm. 2 C; Kornblum, S. 144 Fn. 117; teilweise a.A. Stein-Jonas-Pohle, § 41 Anm. III 3

2) vgl. dazu Baumbach-Lauterbach, § 41 Anm. 2 B; Stein-Jonas-Pohle, § 41 Anm. III 2; Kollhosser, S. 69 Fn. 35

Es ist somit gerechtfertigt, nur die Verwandten der Parteien im konkreten Fall generell nicht zum Richteramt zuzulassen. Die Ablehnung kann dagegen immer noch geltend gemacht werden.

Sinnvoll ist die Tatsache, daß die Auflösung der Ehe keinen Einfluß auf § 41 Nr. 2 und 3 ZPO haben soll. Hier muß nicht so sehr die Gegenpartei geschützt werden als vielmehr der frühere Ehegatte und dessen Verwandtschaft. Dieser Personenkreis ist jetzt normalerweise der Antipathie ihres ehemaligen Gatten bzw. Schwagers ausgesetzt.

B. StPO

Die Regelung der Strafprozeßordnung entspricht hinsichtlich der Ausschließung wegen naher verwandtschaftlicher Verhältnisse der ZPO (§ 22 Nr. 2 und 3 StPO), abgesehen von unwichtigen Abweichungen im Wortlaut (z.B. Annahme an Kindes Statt - Adoption). Aufgrund der Eigenart des Strafverfahrens müssen die Normen der StPO darüber hinaus nicht nur die Verwandtschaft des Richters mit dem Beschuldigten, sondern auch die Verwandtschaft mit dem Verletzten erfassen. Im Gegensatz zur ZPO enthält die Nr. 2 des § 22 StPO noch die Aufzählung des Vormundes. Dies wirkt sich aber letztlich nicht unterschiedlich aus, da der Vormund im Zivilverfahren unter die Norm des § 41 Nr. 4 ZPO subsumiert werden kann (gesetzlicher Vertreter, § 1793 BGB).

Ein Pfleger (§ 1909 ff. BGB)¹⁾ gehört wegen der Beschränktheit seiner Aufgabe und der daraus resultierenden weniger engen Verbindung zu seinem Pflegebefohlenen nicht zum Kreis der in § 22 Nr. 2 StPO aufgezählten Personen. Auftauchenden Befangenheitssituationen kann durchaus mit der Ablehnung begegnet werden.

C. FGG

In dem FGG ergibt sich im Hinblick auf den Ausschluß der Ehegatten keine Abweichung zur ZPO (§ 6 Abs. I Nr. 2 FGG). Dagegen enthält § 6 Abs. I Nr. 3 FGG einige Unterschiede. So ist generell nur der Richter ausgeschlossen, der bis zum zweiten Grad der Seitenlinie mit einem Beteiligten verwandt oder verschwägert ist. Die Regelungen der ZPO und StPO umfassen einen Verwandtschaftsgrad mehr.

Bei einer Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen sollte für die freiwillige Gerichtsbarkeit, der auch alle Garantien eines rechtsstaatlichen Verfahrens zukommen müssen, in bezug auf den Ausschluß wegen Verwandtschaft die Regelungen der anderen Verfahrensordnungen übernommen werden. Auch wenn heute im familiären Bereich die Kleinfamilie vorherrschend ist, so gehören Verwandte dritten Grades (Onkel, Tante, Neffe, Nichte) zu den Personen, zu denen normalerweise engere persönliche Beziehungen gepflegt werden. Da in der freiwilligen Gerichts-

¹⁾ Da der der nichtehelichen Mutter beigegebene Pfleger nur in bestimmten zivilrechtlichen Angelegenheiten tätig werden kann und nur bei Erledigung dieser Aufgaben gesetzlicher Vertreter ist (siehe oben S. 204), kommt im Strafprozeß auch hier ein Ausschluß nicht in Frage.

barkeit die streitigen Verfahren zunehmen, muß schon mit Rücksicht auf die wachsende Zahl der direkten Verfahrensgegner ein Ausschluß wegen Verwandtschaft dritten Grades eingeführt werden. Die Verfahrensgegner können berechtigterweise den Verdacht hegen, die familiären Bande würde die gebotene Objektivität überspielen. Aber auch in den klassischen Verfahren dürfen die Beteiligten oder die Öffentlichkeit diesen Verdacht hegen.

Wenn zur Zeit der Tatbestand der Verwandtschaft dritten Grades vorliegt und besondere Umstände auf die Befangenheit des Richters hindeuten, kann durch die Anerkennung der Ablehnung auch im fG-Verfahren die notwendige Neutralität hergestellt werden.

Ein weiterer Unterschied zur ZPO und StPO besteht darin, daß in dem FGG nicht davon die Rede ist, daß der Ausschluß wegen Schwägerschaft auch dann gilt, wenn die Ehe, die die Schwägerschaft vermittelt hat, nicht mehr andauert. Das ist aber kein materieller Unterschied. Gemäß § 159o Abs. II BGB dauert nämlich die Schwägerschaft fort, auch wenn die sie begründende Ehe nicht mehr existiert, so daß die Regelung des FGG diesen Fall mit umfaßt.¹⁾ Die ausdrückliche Normierung in der ZPO und StPO hat nur klarstellende und nicht konstitutive Wirkung.

1) Zwar wird in § 185 Abs. II FGG der Art. 33 EGBGB nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt. Der Grundsatz des Art. 33 EGBGB kann jedoch unbedenklich auch auf das FGG ausgedehnt werden (Staudinger-Lauterbach, § 1589 Anm. 49; Jansen, Einl. III)

Des weiteren fehlt in dem FGG die ausdrückliche Ausschließung wegen der nahen persönlichen Beziehungen, die durch eine Adoption entstehen. Soweit durch die Annahme an Kindes Statt eine Verwandtschaft begründet wird, läßt sich die Adoption unter diesen Tatbestand subsumieren,¹⁾ so daß insoweit zwischen den einzelnen Verfahrensordnungen Übereinstimmung besteht. Ein Verwandtschaftsverhältnis kommt aber nur zwischen dem Annehmenden und Angenommenen sowie zwischen dem Annehmenden und den Abkömmlingen des Adoptierten zustande (§§ 1762, 1763 BGB). Die ZPO und StPO schließen aber auch die Personen aus, die in gerader Linie durch Adoption verbunden sind (§ 41 Nr. 3 ZPO; § 22 Nr. 3 StPO). Das kann nichts anderes bedeuten, als daß z.B. der Vater des Annehmenden in Sachen des Adoptierten ausgeschlossen ist.²⁾ Die Aufnahme der "durch Adoption in gerader Linie verbundenen Personen" in den Ausschließungskatalog kann eigentlich nur die Bedeutung einer Klarstellung haben. Obwohl die durch Adoption in gerader Linie verbundenen Personen zum größten Teil schon unter den Begriff der Verwandtschaft fallen, soll die nahe Beziehung durch Adoption als Ausschlußgrund herausgestellt werden.

Es ist kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch die gewählte Formulierung dem Richter allein in Sachen der einzig in Frage kommenden Personen, die nicht mehr unter den Verwandtschaftsbegriff fallen, nämlich des Vaters oder der Mutter des Annehmenden,

1) Jansen, § 6 Rdn. 11; Keidel-Winkler, § 6 Rdn. 21 a
2) Stein-Jonas-Pohle, § 41 Anm. III 3 a; Jansen, § 6 Rdn. 11; Keidel-Winkler, § 6 Rdn. 21 a; Löwe-Rosenberg-Dünnebieber, § 22 Anm. I 2

erfassen wollte. Dann wäre es unverständlich, weshalb nicht auch in Sachen der Ehefrau des Adoptierten oder Annehmenden ein Ausschluß konzipiert worden ist. In bezug auf die Nähe der Beziehungen des Adoptierten zu der Ehefrau des Annehmenden oder den Eltern des Annehmenden sind normalerweise keine Unterschiede festzustellen.

Insofern kann hier eine Angleichung der Verfahrensordnungen dergestalt erfolgen, daß die FGG Regelung übernommen und in der ZPO und StPO der entsprechende Adoptionspassus gestrichen wird. Sollte in einer der Verfahrensordnungen ein Konfliktfall doch einmal auftauchen, so kann er ohne weiteres mit dem Ablehnungsrecht gelöst werden.

D. Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrensordnungen und das BVerfGG

Die verwaltungsgerichtlichen Prozeßordnungen verweisen vollständig auf die ZPO, so daß sich für sie keine abweichenden Fragen stellen. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß es sich empfehlen würde, spezielle Änderungen vorzuschlagen, die diesen Verfahren besser Rechnung tragen würden.

Fast ebenso verhält es sich mit dem BVerfGG (§ 18 Abs. I Ziff. 1). Zwar enthält das BVerfGG wie das FGG im Gegensatz zur ZPO nicht den Passus "oder bis zum zweiten Grade verschwägert war." Wie oben¹⁾ aber schon dargelegt, liegt darin kein materieller Unterschied. Auch die Aufnahme des Ausschlußgrundes der Adoption sollte gleich der Regelung in dem FGG weiterhin unterbleiben.

1) vgl. S. 209

E. Verlöbniß als Ausschließungsgrund

Der Fall des Verlöbnisses eines Richters oder einer Richterin mit Verfahrensbeteiligten ist in den Prozeßordnungen nicht erfaßt. Es sollte aber in § 41 Nr. 2 ZPO¹⁾, § 22 Nr. 2 StPO und § 6 Abs. I Nr. 2 FGG ein entsprechender Ausschlußgrund aufgenommen werden, wenn ein Richter mit einem Beteiligten verlobt ist. Die menschliche Bindung ist hier nicht schwächer als bei verwandtschaftlichen Beziehungen. Dem Prozeßgegner oder Angeklagten - ist der Richter oder die Richterin mit dem oder der Verletzten verlobt - wird man kaum klarmachen können, daß in diesem Falle die notwendige Neutralität gewahrt ist. So haben denn auch die wieder in Vergessenheit geratenen Entwürfe einer neuen Strafprozeßordnung aus dem Jahre 1930 und einer Zivilprozeßordnung aus dem Jahre 1931 einen solchen Ausschlußgrund aufgenommen.²⁾ Ein solcher Entschluß dürfte schon deshalb umso leichter fallen, weil der Gesetzgeber den Konflikt eines Verlobten zwischen Wahrheit und Sympathie im Rahmen der Zeugenaussagen eindeutig zu Gunsten der Zeugnisverweigerung entschieden hat und damit von einem starken inneren Konflikt des Verlobten ausgegangen ist (§ 383 Abs. I Nr. 1 ZPO; § 52 Abs. I Nr. 1 StPO). Dieser Konflikt ist nicht geringer, wenn es sich nicht um das Verhältnis Zeuge - Partei oder Angeklagter, sondern um das Verhältnis des Richters zu diesen Personen handelt. Der Mißbrauch, der oft mit § 52 Abs. I Nr. 1 StPO getrieben wird (Angeklagter und Zeugin bzw. umgekehrt verloben sich zum

1) Ebenso natürlich auch in der VwGO, der FGO, dem SGG und dem ArbGG

2) Im vorigen Jahrhundert schon die Verfahrensordnungen von Hannover und Baden (Hahn-Stegemann, Mat. I zur StPO, S. 163)

Schein kurz vor der Hauptverhandlung), steht hier nicht zu befürchten.

Zusammenfassung

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit dem Problem der Unabhängigkeit des Richters von den Verfahrensbeeteiligten. Nur ein unabhängiger Dritter kann Recht sprechen, wenn den Anforderungen, die das Grundgesetz an die dritte Gewalt stellt, voll Rechnung getragen wird. Um diese Forderung gegenüber den Einflüssen durch Prozeßbeteiligte zu erfüllen, gibt es die Ausschluß- und Ablehnungsnormen, die auf einer alten Tradition beruhen, wenn sie auch früher nicht so ausgeformt waren wie heute.

Die Ausschluß- und Ablehnungsnormen sind in den einzelnen Verfahrensordnungen teilweise unterschiedlich geregelt. Die drei verwaltungsrechtlichen Prozeßordnungen (VwGO; SGG; FGO) und das ArbGG verweisen mit geringen Ausnahmen auf die ZPO. Diese Regelung bot sich dem Gesetzgeber an, weil es sich bei allen vier Verfahren um Parteiprozesse handelt. Die eigentlich gravierenden Unterschiede liegen in den Prozeßordnungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

In der StPO sollten der Richter, der im Klageerzwingungsverfahren mitgewirkt hat, sowie der "Notstaatsanwalt" im Hauptverfahren ausgeschlossen werden; in der ZPO bestimmte Mitglieder der Organe von juristischen Personen, in allen Verfahrensordnungen der Richter, der mit einer Partei, einem Angeklagten

oder sonstigem Beteiligten verlobt ist.

Ein Ablehnungsrecht müßte in allen Verfahrensordnung den sich benachteiligt fühlenden Prozeßbeteiligten mit wenigen Ausnahmen dann gewährt werden, wenn nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht ein Berufungsrichter, der bereits in dieser Instanz mit der Sache befaßt war, wieder zu entscheiden hat. Das gleiche sollte bei der Restitutionsklage in der ZPO und den auf diese verweisenden Verfahrensordnungen bei erneuter Mitwirkung des Erstrichters gelten. Eine strenge Anlehnung an die neue Regelung der StPO für das Wiederaufnahmeverfahren ist nicht erforderlich.

Neben diesen speziell aufgeführten Fällen läßt sich noch bei einigen wenigen anderen Situationen in einzelnen Verfahrensordnungen ein generelles Ablehnungsrecht befürworten.

Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit sollten §§ 41 Nr. 5 und 6 ZPO sowie das Ablehnungsrecht für die Beteiligten übernommen werden.

L e b e n s l a u f

Am 9. Oktober 1942 wurde ich als Sohn des Studiendirektors i.R. Friedrich-Wilhelm Overhoff und seiner Ehefrau Erika, geb. Brölmann, in Hagen-Haspe/Westf. geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Ab 1949 besuchte ich in Hagen-Haspe die Volksschule, ab 1953 das humanistische Albrecht-Dürer-Gymnasium in Hagen. Dort erhielt ich im Februar 1962 das Zeugnis der Reife. Daraufhin begann ich in Heidelberg mit dem Studium der Rechtswissenschaften, das ich ab Wintersemester 1963/64 in Marburg und ab Wintersemester 1964/65 in Bonn fortsetzte. Am 1. Februar 1967 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Köln die erste juristische Staatsprüfung und am 30. Juni 1970 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung. Zwischendurch war ich zwei Semester bei der Westfälischen-Wilhelms-Universität in Münster (Fachbereich Rechtswissenschaft) immatrikuliert. Von September 1970 bis Ende 1972 war ich als Wissenschaftlicher Assistent beim Lehrstuhl für Bürgerliches -, Handels- und Prozeßrecht an der Westfälischen-Wilhelms-Universität tätig. Im Januar 1973 trat ich in den Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein. Zur Zeit bin ich Richter am Landgericht in Münster.

